

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DENILSON SCHMITT-DOS-SANTOS

**UNIVERSALISMO E PARTICULARISMO NAS DECISÕES
JUDICIAIS**

CURITIBA
2013

DENILSON SCHMITT-DOS-SANTOS

UNIVERSALISMO E PARTICULARISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Trabalho de Conclusão de Curso à Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como parte das exigências para a
obtenção do Título em Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena.

CURITIBA
2013

DENILSON SCHMITT-DOS-SANTOS

UNIVERSALISMO E PARTICULARISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel no curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Prof. Dr. Cesar Antonio Serbena.

Universidade Federal do Paraná

Ma. Paula Pessoa Pereira.

Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho.

Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 17 de dezembro de 2013

À Marina
pela paciência,
dedicação e amor.

Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado, absoluto. Não é o modo adequado de obter entendimento mútuo. É impossível ter uma discussão racional com quem apela para a "justiça", porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra. Suas palavras são persuasão, não argumentos. A ideologia da justiça conduz à intolerância e ao conflito, visto que, por um lado, incita à crença de que a exigência de alguém não é meramente a expressão de um certo interesse em conflito com interesses opostos, mas, sim, que possui uma validade superior, de caráter absoluto; e, por outro lado, exclui todo argumento e discussão racionais que visem a um acordo. A ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses.

Alf Ross(Direito e Justiça: 2000, p 320)

Resumo

O presente trabalho procura investigar a compreensão do que denominamos de *universalismo* e *particularismo* nas decisões judiciais. Iniciamos com uma abordagem a partir da discussão sobre *universais* e *particulares* como forma de conhecimento, passando pela questão da justiça, Direito e decisões judiciais. A seguir, abordamos o *universalismo* a partir da proposta de Neil MacCormick: seus achados e sua visão da necessidade de comprometimento com uma ética do legalismo. Em contraposição, fazemos uma visita a Alf Ross, que embora preconize uma regularidade das decisões como parte da racionalidade do Direito, sugere firmemente que os juízes e tribunais decidem com base no que sentem como *socialmente obrigatório*. Em certa medida, esse ponto de vista desloca o *problema da universalização* em decidir conforme a lei ou casos passados para o de decidir conforme julgariam o conjunto dos juízes. Embora sutil a diferença, isto implica que a decisão seria por excelência particular, não em termos da dicotomia entre a aplicação do direito formal e substancial, mas entre estas duas e uma justiça objetiva, cuja correção em decidir não está nos autos ou na lei, mas na ideologia normativa, funcionando as fontes do direito como mero esquema interpretativo. Toda decisão judicial é uma hipótese, portanto, encontra-se no campo da probabilidade. Sua previsibilidade, ainda que desejável, trabalha como um fator contrário a si mesma na medida em que influencia o curso dos acontecimentos.

Palavras Chaves: Universalismo. Particularismo. Justificação. Decisão Judicial. Realismo Jurídico.

Abstract

This paper investigates the understanding of what we call *universalism* and *particularism* in judicial decisions making. We begin with an approach from the discussion of *universals* and *particulars* as a form of knowledge, through the issue of justice, law and judicial decisions making. Next, we discuss *universalism* as Neil MacCormick suggests: his findings and his point of view of the need for commitment to an ethics of legalism. In contrast, we examine Alf Ross' theory, who professes the regularity on decisions as part of law rationality. But, he also strongly suggests that judges and courts decide based on what they realize as *socially obligatory*. Somehow, this point of view switches the *problem of universalization*, from deciding according with norm or past cases, into decide how judges as a whole would adjudge. Though subtly different, this implies the decision would be, par excellence, particular in terms not of the dichotomy between the application of formal and substantial law, but between these two and an objective justice, whose correction in deciding is not necessarily at the case-file or norm, but in the normative ideology. The sources of law work merely as interpretative scheme. Every judicial decision is a hypothesis, therefore, lies in the realm of probability. Its predictability, although desirable, works as opposite factor to itself, according to influences the course of events.

Key Words: Universalism. Particularism. Justification. Judicial Decision. Legal Realism.

SUMÁRIO

1. ESTABELECENDO CONCEITOS	09
1.1 DA JUSTIÇA	09
1.1.1 O Absoluto	09
1.1.2 O Relativo	12
1.2 DO DIREITO	14
1.3 DAS DECISÕES	17
2. DO UNIVERSALISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS	21
2.1 PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DO PENSAMENTO DE NEIL MACCORMICK	22
2.2 PROCESSO DE ARGUMENTAÇÃO COMO PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO	28
2.2.1 A Justificação por Dedução	29
2.2.2 A Justificação de Segunda Ordem	32
2.2.2.1 Interpretação e Pertinência	34
2.3 É POSSIVEL UMA TEORIA DE CAUSA MORTE POR COBRA VENENOSA?	41
2.4 COMENTÁRIOS CRITICOS À TEORIA DE NEIL MACCORMICK	43
3. DO PARTICULARISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS	48
3.1 AS CONCEPÇÕES DO REALISMO JURÍDICO	48
3.2 AS ESCOLAS REALISTAS	50
3.3 O DIREITO APLICADO E VALORADO	52
3.4 AS NORMAS COMO ESQUEMA INTERPRETATIVO	55
3.4.1 Das Fontes do Direito	57
3.4.1.1 Da Legislação	58
3.4.1.2 Dos Precedentes (jurisprudência)	58
3.4.1.3 Do Costume	62
3.4.1.4 Da Razão	63
3.4.2 Da Linguagem e da Lógica	64
3.5 O PARTICULARISMO COMO REALIDADE DECISIONAL	66
3.6 COMENTÁRIOS CRITICOS À TEORIA DE ALF ROSS	69
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
5. REFERÊNCIAS	76

1. ESTABELECENDO CONCEITOS

A primeira dificuldade que surge sobre o debate do *universalismo* e *particularismo* nas decisões judiciais é a compreensão do significado de tais verbetes. Estabelecer essas acepções é desenrolar o novelo de *Ariadne*, ainda, que sob o risco de se romper o fio que nos permita a saída do labirinto. Não obstante, tal empreitada é necessária, principalmente quando nos deparamos com conceitos que gravam o *universalismo* à segurança jurídica, ao idealismo, ao método, e o *particularismo* ao arbítrio, à subjetividade, ao direito concreto, dentre outros significados que se *colam* a um ou outro.

Não queremos com isso firmar termos “corretos”, mas sim parâmetros mínimos que possibilitem o desenvolvimento de um debate sobre o tema proposto. Por exemplo, se tomo o *particularismo* como arbítrio quero dizer que numa decisão o juiz é livre para deliberar como bem entender, ou tem um espaço de discricionariedade? Ou estou dizendo que a decisão é aleatória, fortuita? Ora, estou me referindo a possibilidade de arbítrio ante a decisão? Ou criticando as decisões por serem arbitrárias (pós juízo)?

Da mesma maneira, o *universalismo* implica na perenidade das decisões no tempo ou na expectativa geral aceita sobre as *regras do jogo*? Talvez os dois? Ou será apenas um método de decidir?

Os múltiplos significados que estas duas palavras podem adquirir exige que façamos um recorte a partir dos temas: justiça, direito e decisão judicial, nessa ordem.

1.1 DA JUSTIÇA

A *justiça*, bem como outros conceitos como o *belo*, o *bom*, nos remete a antiga *Σοφία* grega, quando uma questão mais fundamental se estabeleceu: são esses significados *absolutos* ou *relativos*?

1.1.1 O Absoluto

ISAAC NEWTON¹ sugere um ensaio interessante, chamado de *experimento do*

¹ NEWTON, Isaac. **Principia**. London, Cambridge and New York: Macmillan and Co, 1871. p 6. “I I. *Spatium absolutum, natura sua sine relatione ad externum quodvis, semper manet simile & immobile: Relativum est spatii hujus mensura seu dimensio qua:libet mobilis, quae a sensibus nostris per situm suum ad corpora definitur, & a vulgo pro spatio immobili usurpatur : uti dimensio spatii subterranei, aerii vel ccelestis definita per situm suum ad terram. Idem sunt spatium absolutum & relativum, specie & magnitudine; sed non permanent idem semper numero. Nam si terra, verbi gratia, moveatur, spatium aeris nostri, quod relative & respectu terree*

balde, no qual esse é amarrado por sua alça através de uma corda, que é girada, torcendo-a. A seguir o balde é cheio com água e a corda é solta, desenrolando-se. A água ganha movimento com a circulação do balde sobre seu próprio eixo. No início a água gira mais lentamente do que o balde, ou seja, o movimento relativo do balde em relação à água é máximo. Passados alguns instantes a velocidade do balde e da água são iguais, assim sendo, a água gira na mesma velocidade do balde, logo o movimento relativo é nulo. À medida que ganha velocidade, a superfície da água passa de plana para côncava. Mesmo que o balde pare de girar, a concavidade da superfície permanece por algum tempo até a água perder velocidade. Portanto, NEWTON concluiu que a tendência da água em afastar-se de seu eixo de rotação não tem ligação com seu *movimento relativo* em referência ao balde, ou a uma pedra ou outro objeto próximo, mas sim a algo externo, que o levou a deduzir que o espaço é absoluto, ou seja, é inercial em relação a todas as coisas.

A ideia de algo incondicional, que tem sua razão em si e se basta, existente *a priori*, em relação ao qual todas as coisas podem ser medidas, sem que seja algo convencionado, teve seu lugar na filosofia Grega. Tais preocupações surgem nas investigações filosóficas de SÓCRATES e PLATÃO.

Para PLATÃO podemos distinguir um mundo *inteligível* e outro *sensível*, em que aquele é o verdadeiro, real, eterno e imutável, nos quais as ideias são uma realidade e não algo apenas mental, ou seja, são objetivamente existentes. Já o mundo *sensível* é mutante, uma simples cópia, imitação do mundo real. O conhecimento se dá pela *doxa* e pela *episteme*. O mundo sensível é objeto da *doxa*, enquanto a *episteme* tem por objeto o *modelo* das coisas sensíveis: as ideias. Isto fica claro no *mito da caverna* em que se “dramatiza a ascense do conhecimento [...] constitui, no platonismo, uma conjugação de intelecto e emoção, de razão e vontade: a *episteme* é fruto de inteligência e de amor”²

A *justiça* “existiria” num plano ideal e extra-mental (*ante rem*). Quando falamos que as decisões *A é justa*, *B é justa*, e assim por diante, é porque em cada caso particular, ainda que imperfeito, encontramos algo universal (Formas) que faz reconhecer que ali há justiça. Assim como a cor vermelha existe independente do objeto que por ela é tingido, assim é que reconhecemos nas *coisas* parâmetros que independem do espaço e tempo para existirem, e por consequência, são prescindíveis de nossa própria existência: o real é transcendente.

semper manet idem, nunc erit una pars spatii absoluti in quam aer transit, nunc alia pars ejus; & sic absolute mutabitur perpetuo”.

² PESSANHA, José Américo Motta. **Vida e Obra**. In Diálogos/Platão. Trad. José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 2º Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p XXI.

Diferente é abordagem de ARISTÓTELES³, para o qual os universais existem não como transcendentais, mas imanentes (*in rebus*) nas coisas. Quando falo que uma decisão é justa, o conceito de *justiça*^{4 5} só existe porque algo exemplifica esse universal. A coisa possui o universal, e, portanto, vem junto a essa. Se o objeto é vermelho, só posso compreender o vermelho porque o objeto possui a “qualidade” que o exemplifica. Não posso compreender aquilo que não existe, e o vermelho e a justiça são universais porque posso partilhá-los em mais de um objeto distinto, e serão puros na medida em que forem idênticos quando observados em um e outro “objeto”, não passando de espectros de seus atributos se assim não forem.

Recapitulando: até aqui tratamos a *justiça* como um conceito absoluto, que pode ser transcendente (*ante rem*) na teoria das Formas de PLATÃO, ou imanente (*in re*) às coisas, nos universais de ARISTÓTELES. A essas concepções, na Idade Média, deu-se o nome de *realismo*, que significa, grosso modo, que os *universais* se subsumem reais, existem objetivamente. Nessa mesma época surgem mais duas correntes de pensamentos sobre os universais⁶: o *conceitualismo*⁷, para o qual os universais não existem como realidade objetiva,

³ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco ; Poética / Aristóteles*. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. — 4. ed. — São Paulo : Nova Cultural, 1991. — (Os Pensadores ; v. 2). p. 6. “Ora, o termo “bem” é usado tanto na categoria de substância como na de qualidade e na de relação, e o que existe por si mesmo, isto é, a substância, é anterior por natureza ao relativo (este, de fato, é como uma derivação e um acidente do ser); de modo que não pode haver uma Ideia comum por cima de todos esses bens. Além disso, como a palavra “bem” tem tantos sentidos quantos “ser” (visto que é predicada tanto na categoria de substância, como de Deus e da razão, quanto na de qualidade, isto é, das virtudes; na de quantidade, isto é, daquilo que é moderado; na de relação, isto é, do útil; na de tempo, isto é, da oportunidade apropriada; na de espaço, isto é, do lugar apropriado, etc.), está claro que o bem não pode ser algo único e universalmente presente, pois se assim fosse não poderia ser predicado em todas as categorias, mas somente numa. Ainda mais: como das coisas que correspondem a uma Ideia a ciência é uma só, haveria uma única ciência de todos os bens. Mas o fato é que as ciências são muitas, mesmo das coisas que se incluem numa só categoria: da oportunidade, por exemplo, pois que a oportunidade na guerra é estudada pela estratégia e na saúde pela medicina, enquanto a moderação nos alimentos é estudada por esta última, e nos exercícios pela ciência da ginástica. E alguém poderia fazer esta pergunta: que entendem eles, afinal, por esse “em de cada coisa, já que para o “homem em si” e para um homem particular a definição do homem é a mesma? Porque, na medida em que forem “homem”, não diferirão em coisa alguma. E, assim sendo, tampouco diferirão o “bem em si” e os bens particulares na medida em que forem “bem”. E, por outro lado, o “bem em si” não será mais “bem” pelo fato de ser eterno, assim como aquilo que dura muito tempo não é mais branco do que aquilo que perece no espaço de um dia”.

⁴ SOARES, Evanna. *O Conceito Aristotélico de Justiça*. Ministério Público da União de Portugal. *sine datum*. Disponível em <<http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan19.pdf>> , Acessado em 27 de dezembro de 2013. Sob orientação da banca examinadora, após correções no trabalho monográfico inclui alguns artigos que tratam sobre justiça para Aristóteles. Este, em especial é bastante conciso e uma boa referência para pesquisas mais aprofundadas.

⁵ WINTHROP, Delba. *Aristotle and Theories of Justice*. The American Political Science Review, Vol. 72, No. 4 Dezembro, 1978, p 1201-1216.

⁶ PORFÍRIO. *Isagoge*. trad. de Boécio, in P. L., vol. 64, p. 82 *apud* COXITO, Amandio A. **Luis A. Vernei e a Filosofia Europeia do seu Tempo: O problema dos universais**. In Revista Filosófica de Coimbra, nº 6, 1994. p 294. “Evitarei opinar, a respeito dos gêneros e das espécies, se são realidades subsistentes em si mesmas ou se existem apenas no espírito; e, admitindo que são subsistentes, se são corpóreos ou incorpóreos e se estão separados das coisas sensíveis ou incluídos nelas. Na verdade, trata-se dum problema muito profundo e que exige uma investigação mais extensa”.

⁷ DESCARTES, René. *Les Principes de La Philosophie*. 1, 59. In “Oeuvres philosophiques” , t. III, ed. de F. Alquié, Paris, Ed. Garnier, 1973, p. 127. *apud* COXITO, Amandio A. **Luis A. Vernei e a Filosofia Europeia do seu Tempo: O Problema dos Universais**. In Revista Filosófica de Coimbra, nº 6, 1994. p 295. Descartes fala sobre as origens dos universais: “se reduzem ao facto de nos servirmos duma mesma ideia com o propósito de

mas existem como conceitos universais em nossa mente e espírito, criados por nosso intelecto a partir das coisas (*post rem*); e o *nominalismo*⁸, em que o universal é simplesmente o *flatus vocis*, apenas a palavra, não possuindo existência no intelecto. Em resumo, para o *realismo*, quando falo que *as decisões A e B são justas*, implica que o conceito de “justiça” existe de forma objetiva, pré-existente às coisas ou existente nas próprias coisas. Já para o *conceitualismo*, a ideia de “justiça” não subexiste objetivamente, mas apenas em nossa mente, por isso a coisa (no caso a decisão) tem que existir antes para que eu avalie se é justa ou não. No *nominalismo*⁹ os nomes são universais, mas não implica que tenham uma existência. As entidades são individuais e quando tomadas coletivamente os *termos* é que emprestam universalidade a essas.

Vamos agora por um ponto no debate que se desenvolveu de forma bastante simplória pelas inúmeras correntes que existem e que foram propositadamente não mencionadas. Daqui por diante adentra-se num terreno movediço, que não nos interessa no momento. O que nos importa é fixar o plano do universal como referencial absoluto, seja *ante rem*, *in re*, *post rem* ou simplesmente como *nome*.

1.1.2 O Relativo

MACH¹⁰ refuta o conceito de *espaço absoluto* de NEWTON por meio do seguinte

pensar várias coisas particulares que têm entre si uma certa afinidade; e, quando compreendemos sob o mesmo nome as coisas representadas por tal ideia, esse nome é também universal".

⁸ HOBBS, Thomas. **Leviathan**. I, iv, London, George Routledge & Sons Ltd.; New York, E. P. Dutton & Co., s. d., p. 15. *apud* COXITO, Amandio A. **Luis A. Vernei e a Filosofia Europeia do seu Tempo: O Problema dos Universais**. In Revista Filosófica de Coimbra, n° 6, 1994. p 296. "*Nada existe no mundo que seja universal, a não ser os nomes, pois as coisas denominadas são todas elas individuais e singulares*".

⁹ MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Maria Stela Gonçalves et al. 2° Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004. p 2857. Diferença entre *nominalismo* e *terminismo*: "*O terminismo é definido como a posição na questão dos universais segundo a qual os universais são termos, termini. Os termos podem ser falados ou escritos; em ambos os casos se trata de signos. Isto quer dizer que o terminismo não somente rejeita a existência dos universais ou entidades abstratas em qualquer das formas (realistas ou conceitualistas), mas que nega também a existência de conceitos abstratos. Os que denominamos assim são somente nomes ou vozes por meio dos quais se designam as entidades concretas, únicas das quais se pode dizer que existem. O terminismo é considerado, pois, como uma forma de nominalismo e as vezes foi chamado de "nominalismo exagerado". Alguns autores declaram que o terminismo aceita que os universais estão no espírito, isto parece aproximar a posição terminista da nominalista moderada e até da conceitualista*".

¹⁰ MACH, Ernest. **The Science Of Mechanics**. Trad. Thomas J. McCormack. 4°ed. Chicago, Londres: The Open Court Publishing, 1919. p 231-232. "*O Universo não nos é dado duas vezes, uma com a Terra em repouso e outra com a Terra em movimento, mas somente uma vez, e apenas os seus movimentos relativos são determináveis. Por conseguinte não nos é permitido dizer como seriam as coisas se a Terra não girasse. Podemos interpretar o que se nos apresenta de diferentes maneiras. Se, entretanto, nossa interpretação nos faz entrar em conflito com a experiência, nossa interpretação simplesmente está errada. Os princípios da mecânica podem seguramente ser concebidos de modo que, mesmo no caso de rotações relativas, surgem forças centrífugas. O experimento de Newton com balde girante com água, simplesmente nos diz que a rotação da água com relação aos lados do balde não produz forças centrífugas apreciáveis, mas que tais forças são produzidas pela rotação relativa com respeito a massa da Terra e aos outros corpos celestes [...]. Há apenas uma única experiência diante de nós, e a nossa função é colocá-la de acordo com outros fatos que conhecemos, e não de acordo com ficções arbitrárias de nossa imaginação.*"

desafio: fixar o balde de NEWTON¹¹ e fazer girar as estrelas fixas. Para ele as forças centrífugas atuarão e a situação será equivalente ao que ocorreu com a água no balde, ou seja, tudo se dá relativamente a um referencial adotado.

No campo da epistemologia, o possível precursor da ideia da relatividade do conhecimento humano – ao menos as notícias que nos chegaram por meio de textos de outros autores – foi Pirro. Surgido na Grécia Antiga, o *ceticismo* é a corrente filosófica que contesta a *possibilidade do conhecimento* humano, dada sua relatividade e subjetividade. Tal interpretação do mundo coloca sérias dúvidas sobre nossa faculdade de obter algum tipo de conhecimento indubitável e, por consequência, nossa capacidade de decidir.

A formulação da existência de um conhecimento *verdadeiro* nos *universais* preponderou doutrinariamente durante parte da Idade Média, motivada por questões políticas e, talvez, pelos esparsos textos filosóficos dos antigos gregos sobre o assunto. Contudo, a desconfiança lançada pelos *céticos*¹² contribuiu significativamente para abalar o *realismo platônico* e *aristolético* e mudar a história.

É importante abrir parênteses para compreensão de certas ideias. Não se pode confundir *particular* com o objeto. O *particular* é uma *singularidade* enquanto essência do conhecimento. No embate entre *universais* e *particular* estamos discutindo se aquilo que conhecemos – ou que se apresenta para conhecermos – é passível, em essência, de contemplarmos um conceito ou ideia absoluta em si (universal) , ou apenas relativa, em comparação entre singulares. Exemplificando, quando falamos em algo “grande”, é um conceito que existe por si – antes, na, ou pós a coisa - ou é algo convencional, relativo?

Muito embora o debate reflexione sobre *universais* e *particular*, sutilmente, essa

¹¹ Nota do autor: relembrando que para Newton uma *força centrífuga absoluta* existe, seja em relação à Terra, às *estrelas fixas* (que são objetos tão distantes da Terra que aparentam não ter movimento, portanto “quase” inerciais), bem como para a água que gira no balde.

¹² EMPÍRICO, Sexto. **Esbozos Pirrônicos**. Trad. Antonio Gallego Cao e Teresa Muñoz Diego. Madrid: Editorial Gredos, 1993. p 53-54. “Y el escepticismo es la capacidad de establecer antítesis entre los fenómenos y en las consideraciones teóricas, según cualquiera de los tropos [métodos para buscar contradicciones]; gracias a la cual nos encaminamos –en virtud de la equivalencia entre las cosas y proposiciones contrapuestas- primero hacia la suspensión del juicio y después hacia la ataraxia. Hablamos de “capacidad”, desde luego no por capricho sino sencillamente en el sentido de que uno sea capaz. Aquí entendemos por “fenómenos” lo sensible; por lo que definimos lo “teórico” por oposición a ellos. Lo de “según cualquiera de los tropos” puede aplicarse tanto a la capacidad –empleando el término “capacidad” simplemente en el sentido que hemos dicho- como a lo de “establecer antítesis en los fenómenos y en las consideraciones teóricas”, pues decimos lo de “según cualquiera de los tropos” porque contraponemos esas cosas de muy diversas maneras, contraponiendo –para abarcar todas las antítesis- fenómenos a fenómenos, consideraciones teóricas a consideraciones teóricas o los unos a las otras. También añadimos lo de “según cualquiera de los tropos” a lo de “en los fenómenos y en las consideraciones teóricas” para que no entremos en cómo se manifiestan los fenómenos o en cómo se forman en la mente las consideraciones teóricas, sino que sencillamente los tomemos tal como aparecen. Y en absoluto tomamos “proposiciones contrapuestas” como “afirmación y negación”; simplemente como “proposiciones enfrentadas”. Y llamamos equivalencia a su igualdad respecto a la credibilidad o no credibilidad, de forma que ninguna de las proposiciones enfrentadas aventaje a ninguna como si fuera más fiable. La suspensión del juicio es ese equilibrio de la mente por el que ni rechazamos ni ponemos nada. Y la ataraxia es bienestar y serenidad de espíritu”.

controvérsia tangencia a epistemologia *da origem do conhecimento, sua possibilidade e essência*. Se negarmos os universais como medida absoluta, é possível saber o que é *justiça*¹³, por exemplo? E se algum tipo de conhecimento fosse possível, de que maneira nos acercariamos dele?

A proposta inicial deste capítulo era falarmos sobre a *justiça*. Contudo, não era nosso objetivo conceituar o que venha a ser justiça, mas demonstrar a possibilidade discursiva do conceito a partir do absoluto e relativo, tal qual se evidencia nas discussões sobre os *universais e particular*. Ainda que o tema pareça permanecer em aberto, nem por isso o Direito deixou de arvorar-se em conceitos de *justiça* para legitimar-se ou dar legitimidade a alguém, e é isto que vamos discutir a seguir.

1.2 DO DIREITO

COMPARATO¹⁴ explica que os sistemas de *dever-ser: religião, moral e direito* não se distinguiam, nem eram contraditórios, como soem ser na contemporaneidade. É no final do Medievo que começam a surgir contestações ao modelo de pensamento calcado no absoluto, como o da *lei eterna*¹⁵, por exemplo. As obras de MAQUIAVEL¹⁶, DESCARTES, BACON¹⁷ no campo da filosofia e de GRÓCIO¹⁸, especificamente no círculo do Direito, principiam a esgarçar a tectura entre religião, moral e direito.

O *Direito Natural*, até então baseado na *Natureza* ou em *Deus* como fonte ou princípio último de lei, passa a ter a *Razão*¹⁹ como seu manancial. Independente da fonte da

¹³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4º Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 63. Conforme explicam BITTAR e ALMEIDA, para os sofistas gregos um conceito de justiça fica esvaziado de qualquer tipo de ontologia, metafísica ou mistificação em torno de valores sociais: “As leis são atos humanos e racionais que se forjam no seio de necessidades sociais, o que só é possível por meio da discussão comum, da deliberação consensual, da comunicação participativa e do discurso”.

¹⁴ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Passim.

¹⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Op. Cit.** p. 227. Para os tomistas “há uma lei eterna, uma lei natural e uma lei humana. A lei eterna regula toda a ordem cósmica (céu, estrelas, constelações etc) e a lei natural é decorrente desta lei eterna”.

¹⁶ MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos Gregos ao Pós Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p 89. “O Direito não transcende a natureza do homem; é uma mera técnica de governar (...). Maquiavel organizou sua rejeição da teologia e da filosofia aristotélica como diretrizes políticas, numa visão da humanidade em que os produtos da atividade humana eram vistos como fenômenos sujeitos às leis da natureza”.

¹⁷ Ibidem. p 95. “(...) foi o precursor da tradição empírica inglesa. Estabelecia uma sólida distinção entre o conhecimento inspirado pela revelação divina e o conhecimento que provinha dos sentidos; este último era o único verdadeiramente capaz de melhorar as condições deste mundo (...). O antiescolasticismo de Bacon levou-o a rejeitar a lógica silogística tradicional como meio de descoberta empírica”.

¹⁸ GRÓCIO, Hugo. **On the Law of War and Peace**. Trad. A.C.Campbell, A.M. Kitchener: Batoche Books, 2001. p 9. “Natural right is the dictate of right reason, shewing the moral turpitude, or moral necessity, of any act from its agreement or disagreement with a rational nature, and consequently that such an act is either forbidden or commanded by God, the author of nature”.

¹⁹ MORRISON, Wayne. **Op. Cit.** p 96. “Descartes propôs um novo começo e uma nova metodologia para a aquisição do conhecimento seguro; deveríamos exigir estruturas de conhecimento sobre as bases daquelas

lei – Natureza, Deus ou Razão – em geral seus teóricos reduzem sua validade à justiça. Conforme explica BOBBIO²⁰, “uma lei para ser lei deve ser conforme a justiça”. Mas *quid est justitia*? Para ARISTÓTELES²¹

o termo ‘justo’ se aplica a qualquer coisa que se produza e preserve a felicidade, ou as partes componentes da felicidade, da comunidade política. (...) a justiça é a virtude perfeita porque é o exercício da virtude perfeita.

Contudo, para TOMAS DE AQUINO²², uma vez que o homem é “ordenado para um fim de felicidade eterna (...)” deveria “ser orientado para seu fim por uma lei dada por Deus (...) porque é certo que tal lei não pode errar”. E, se como disse ARISTÓTELES, que a justiça é a virtude, quando o homem faz as leis não é competente para julgar os impulsos interiores, que são ocultos, mas apenas os atos exteriores, então é necessário que “sobreviesse uma lei divina” para a “perfeição da virtude”.

Se até então a justiça se vinculava ao exercício da virtude de modo a preservar a felicidade, seja na base de uma razão cosmológica ou divina, a partir de dado momento, sob o império da pura razão, desloca-se a fonte do direito para a subjetividade humana. E para que interesses diversos e concorrentes possam ser respeitados, pois cada qual pode ser governado por sua própria razão, é que se “descobre” um preceito geral no Direito Natural, qual seja: “um homem é proibido de fazer aquilo que pode destruir sua vida ou privá-lo dos meios de preservá-la (....)”²³. Por isso é necessário celebrar um pacto, evitando-se um estado de guerra permanente. “Nessa lei da natureza reside a fonte e origem da justiça”²⁴, visto que ao cumprir o pacto, que é um ato de vontade, é que se faz a justiça. Para HOBBS “justiça é a vontade constante de dar a cada homem o que é seu”²⁵.

A crítica que se faz ao *jusnaturalismo* é a falta de evidência na demonstração de tais “verdades” universalizáveis. Conforme afirma BOBBIO:

Para Kant (e em geral para todos os jusnaturalistas modernos) era natural a liberdade; mas para Aristóteles era natural a escravidão. Para Locke era natural a propriedade individual, mas para todos os socialistas utópicos, de Campanella a

entidades que sobrevivessem ao teste do ceticismo absoluto. O ceticismo cartesiano era intransigente. Não se admitia nem a experiência mítica nem nenhuma apreensão do “outro” (...). O puro ego consciente. Sobre tal base pode-se erigir uma estrutura da certeza racionalista”.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p 35.

²¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro V. trad. H Rackham. *apud* MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p 7.

²² AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Questão 91. *apud* MORRIS, Clarence. **Op. Cit.** p.56.

²³ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Capítulo XIII. *apud* MORRIS, Clarence. **Op. Cit.** p.106.

²⁴ *Ibidem*. p 109.

²⁵ *Idem*. “Portanto, onde não existe Estado nada é injusto”.

Winstanley, a Morelly, o instituto mais conforme com a natureza do homem era a comunhão de bens.²⁶

Isto traz um paradoxo: se o que é *justo* não pode ser universalmente conhecido, qualquer direito positivo perde seu valor de *certeza*. Então, a quem caberia estabelecer o que é *justo*? A quem *detém o poder* ou a qualquer *cidadão*? BOBBIO²⁷ responde que se *justo* é aquilo afirmado por quem detém o poder, então *validade* não é (necessariamente) *justiça*, mas sim o contrário. Portanto, *justo* é o comando. De outra forma, se cada qual determina o que é justo, a lei só será cumprida e, portanto, considerada válida, se assim individualmente dispor.

O paradoxo proposto por BOBBIO não deve nos levar a ingenuidade de que tal tema não tenha sido tratado por doutrinadores do Direito Natural²⁸. Por óbvio, o termo *validade*²⁹ não é explicitado em tais textos, mas o problema da vinculação (em geral no sentido de obediência) à lei é tema bastante recorrente, em especial quando considerada *injusta*³⁰.

A *pedra de toque* que diferencia o Direito Natural e Positivo, e talvez aí esteja o motivo de BOBBIO estressar tal ponto, é que no Direito Natural o problema da *validade* é vinculado sempre a uma autoridade³¹, ainda que em última instância seja o próprio povo, como no caso dos *contratualistas*. Já no Direito Positivo, segundo Kelsen, a *validade* sempre encontra seu fundamento numa norma superior. Ele explica que “a premissa maior que é uma proposição do *dever-ser*, é *conditio per quam* relativamente à conclusão, que também é uma proposição de *dever-ser*”³². Assim, não teremos uma autoridade que determina a lei, mas uma *norma fundamental* que dá poderes a esta autoridade de legislar. É a chamada *Grundnorm*.

O Direito Positivo, desta forma, se funda sob uma *lógica silogística*, não representando as normas que o compõe verdades ou falsidades, mas sim um conjunto de

²⁶ BOBBIO, Norberto. **Op. Cit.** p 36.

²⁷ Ibidem. p 37.

²⁸ AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Questão 96, 6º artigo. *apud* MORRIS, Clarence. **Op. Cit.** p.69. O problema da *validade* e justiça da lei e, por assim dizer, de qualquer decisão judicial não é novo. O olhar que BOBBIO lança sobre esse está impregnado da discussão sobre o *ceticismo* e a *possibilidade de conhecimento*. O Direito Natural não ficou sem uma resposta. Mesmo realistas como Tomas de Aquino, por exemplo, sugere a “validade” (este termo não é usado por Aquino) de uma lei, independente do desejo de segui-la ou não, pois “*não é de competência de qualquer pessoa interpretar o que é útil e o que não é útil para o Estado; só pode fazê-lo quem tem autoridade e quem, nesses casos, tem o poder de dispensar o cumprimento da lei*”.

²⁹ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.p 215. “*Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é vigente), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma*”.

³⁰ LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos:ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 3. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001. p. 89. “*Quem quer que exerça qualquer parcela do poder por outros meios que não aqueles prescritos pelas leis da comunidade civil não tem o direito de exigir obediência, mesmo que a forma da comunidade civil seja ainda preservada, pois não se trata de uma pessoa que as leis tenham designado, e conseqüentemente não é a pessoa a quem o povo deu seu consentimento*”.

³¹ Nota do autor: a validade se reduz à justiça, mas quem define o que é válido é a autoridade, a qual interpreta a lei Cosmológica, Divina ou mesmo da razão.

³² Kelsen, Hans. **Op. Cit.** p 216.

normas válidas ou inválidas, competindo à Ciência do Direito, e não ao Direito Positivo (posto), fazer tal discussão. Contudo, dentro do direito posto nem sempre é possível chegar a uma *conclusão única*^{33 34 35}, podendo haver mais de uma possibilidade interpretativa. Soluções concorrentes no campo das decisões judiciais sempre levam a questionamentos sobre a necessidade de *equidade*, que é o tema de nossa discussão: decisões judiciais podem ser universais ou serão sempre particulares?

1.3 DAS DECISÕES

O termo *decisão* pode levar a alguma confusão de conceito. Nas chamadas *teorias da decisão* os estudos se desenvolvem, em geral, dentro de modelos matemáticos relacionados a escolhas pessoais de preferências, em que se busca algum tipo de maximização por meio destas escolhas, muitas das quais realizadas sob condição de incerteza³⁶. Embora haja proposições de escolhas em *decisões judiciais* com base em princípios matemáticos^{37 38}, tais

³³ HART, H.L.A., **O Conceito de Direito**. trad. A. Ribeiro Mendes. 5º Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007. p 137 – 141. Para HART a linguagem contida na norma, e mesmo em precedentes, pode ser dotada de uma incerteza que abre um campo discricionário ao julgador. Por exemplo, a proibição de veículos num parque inclui as bicicletas (que podem ser uma espécie do gênero veículo)? O direito teria, dessa forma, uma *textura aberta*. “O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. (...) a incerteza na linha de fronteira é o preço que se deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de classificação que respeita a questões de fato”.

³⁴ Kelsen, Hans. **Op. Cit.** p 391. Segundo Kelsen “a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – tem igual valor se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especificamente”.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Passim. DWORKIN entende que é possível o julgador chegar a uma *conclusão certa*. A palavra *certa* é utilizada no sentido de *correta*, como *melhor interpretação*. Muito embora várias conclusões possam ser alcançadas pelo julgador, uma delas é correta quando o intérprete observa a integridade do direito. O direito, para DWORKIN, não é apenas o conjunto de regras do direito posto, mas se incluem aí os *princípios* de forma lata (que tem por gêneros os princípios de forma estrita e as diretrizes políticas), que também são *standards normativos*. O Direito assim considerado na integridade permitiria ao julgador fazer uma reconstrução histórica das decisões, e tal qual um romancista chamado a compor um capítulo de um *romance em cadeia*, sua decisão deve ser coerente com o passado e com o futuro. Para que isso aconteça, deve levar em conta que vivemos numa *comunidade de princípios*, ou seja, as pessoas aceitam que são governadas por princípios e não por regras. Numa *comunidade de regras* há um compromisso geral de se obedecer, vez que é alicerçada sobre interesses antagônicos. Já numa *comunidade de princípios*, o debate político sobre o que é *justiça* e *processo legal* não representa um contrato à obediência, mas um ideal, um compromisso entre pessoas, ainda que estejam em desacordo.

³⁶ PASCAL, Blaise. **Pascal's Pensées**. New York: E. P. Dutton & Co., Inc., 1958. p 68. Pascal sugere uma das primeiras formulações da teoria da decisão, em que a crença ou não em Deus deve ser analisada a partir da felicidade infinita a ser obtida por uma vida pia ou por um valor constante na escolha de uma vida mundana: “Let us then examine this point, and say, ‘God is, or He is not.’ But to which side shall we incline? Reason can decide nothing here. There is an infinite chaos which separated us. A game is being played at the extremity of this infinite distance where heads or tails will turn up. What will you wager? According to reason, you can do neither the one thing nor the other; according to reason, you can defend neither of the propositions”.

³⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p 139. “Husserl (...) de formação matemática, alimentou o alto propósito de fundar uma Filosofia rigorosa em seus enunciados, embora não “exata” no sentido matemático”.

³⁸ BORGES, Paulo Sérgio da Silva Borges e GUIMARÃES, Márcio Ghisi. **Um Sistema de Apoio à Dosimetria da Pena Utilizando Fuzzy Logic**. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/niece/eventos/SBC/2000/pdf/semish/semi009.pdf>> , Acessado em 01 de julho de 2013.

intentos, em geral, são refutados em nome de uma dignidade, ainda que simbólica, que uma decisão racionalmente justificada *sob o discurso*³⁹ concederia⁴⁰. Nesta esteira de decisão como escolha há os que sugerem sua inexistência em alguns casos, pois não passaria de simples reprodução de decisões anteriores a casos novos, estressando que somente decisões implicam em escolhas. Não obstante, o termo *decisão* ainda é preferível à *sentença*, que alude ao julgamento de primeiro grau ou ainda a uma frase que compõe um silogismo.

Para que possamos avançar em nosso debate é preciso reconhecer que as *decisões judiciais* se abstraem em pelo menos dois planos: como *processo*⁴¹ e como *objeto*. O reconhecimento de tais planos explica parte da confusão que gira em torno de nosso tema: *universalismo e particularismo* nas decisões judiciais.

Como *objeto* material, as decisões são corporificadas em acórdãos, sentenças e decisões monocráticas. No plano formal devem possuir os requisitos essenciais em lei (vide artigo 458 CPC). Já, na dimensão do *processo*, as *decisões judiciais* são hermeneuticamente construídas, ou seja, o juiz tem o dever legal de fundamentar, mas a sistemática interpretativa desborda o direito posto, alçando a Ciência do Direito, que sugeriria os meios de interpretação (gramatical, lógico, teleológico, etc), os quais “representariam as vias de acesso às significações **unívocas** das normas”⁴² (grifo nosso).

WARAT⁴³ explica que KELSEN vê as normas como “gramática deôntica” (permitido, proibido, obrigatório) das ações sociais. Elas não dizem nada sobre o comportamento efetivo, mas sim qual *deve ser* tal comportamento. Portanto, trata-se de um *juízo de valor* que se expressa em: *S deve ser P*. REALE⁴⁴ elucida que tal juízo diferencia-se do *juízo de realidade*, em que o fenômeno é tomado como um “dado” em suas causas e consequências, sendo expresso em: *S é P*. A ultima expressão se encontra especialmente nas leis da física, em que há um processo verdade/refutabilidade, enquanto *nexos causais e funcionais*, diferentemente das leis do Direito que promovem *conexões de sentido* (valores

³⁹ REALE, Miguel. **Op. Cit.** p 136. “*sentenciar não é apenas um ato racional, porque envolve, antes de mais nada, a atitude de estimativa do juiz diante da prova. O bom advogado sabe perfeitamente da importância dos elementos emocionais na condução e na apreciação dos elementos probatórios (...). Estamos vendo, portanto, que a tendência muito nossa de simplificar e empobrecer a vida jurídica, para torná-la uma fria sucessão de silogismos, esbarra diante de fatos e atos que são de evidência irrecusável, o que não quer dizer que para nós possa o Direito prescindir de estruturas racionais*”.

⁴⁰ MORRISON, Wayne. **Op. Cit.** p 171. “*a dignidade não admite os cálculos e o ethos administrativo dos “preços”, mas tão somente os laços absolutos do raciocínio deontológico*”.

⁴¹ XAVIER, Guilherme. **Imagética Eletrolúdica: a visualidade dialógica no multiverso dos jogos eletrônicos**. Orientador: Luiz Antonio Coelho. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Artes e Design, 2007. p 46-58. Nota: utilizamos os conceitos de processo e objeto desenvolvidos nesta interessante dissertação, com as devidas adaptações. Disponível em <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510308_07_pretextual.pdf> Acessado em 01 de julho de 2013.

⁴² WARAT, Luis Alberto. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979. p 33.

⁴³ Ibidem. p 36.

⁴⁴ REALE, Miguel. **Op. Cit.** p 247 – 248. Leia-se “S” como sujeito e “P” como Predicado.

éticos).

Uma vez que o direito aponta ao *dever ser*, as decisões judiciais emanam o reconhecimento, ou não, de direitos, obrigações de conformação de comportamento ou sanções pelos seus desvios, grosso modo. Sob o influxo do positivismo de KELSEN, a lei é a fonte de excelência do direito, constituindo-se num universo significativo auto-suficiente em que toda a interpretação é um ato de cognição, e não de arbítrio do julgador, no qual o raciocínio jurídico emana das regras do silogismo demonstrativo, conforme explica WARAT⁴⁵. Não se questiona o direito vigente, suas normas tem uma linguagem formal e precisa, não havendo conflitos normativos, devendo o julgador buscar soluções com coerência dentro do próprio ordenamento. A confiança em tais postulados levou à crença, um tanto incauta – porque mesmo KELSEN⁴⁶ admitia a possibilidade de soluções diversas dentro de uma *moldura de aplicação* - na consecução de decisões unívocas à lei. Contudo, tal pensamento está superado pelo *princípio da segurança jurídica*⁴⁷ em que a pretensão à univocidade não se prende a aderência legal estrita, mas ao seu sentido. A lei contém o direito em *potência*⁴⁸, apenas. ALBERTO XAVIER⁴⁹ explica que a *segurança jurídica*⁵⁰ tem a ver

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. **Op. Cit.** p 49 – 51.

⁴⁶ KELSEN, Hans. **Op. Cit.** 390 – 391. “A interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar- têm igual valor”.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica**. In A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil na UFPR. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. Salvador: Editora Podivm, 2010. p 212-214. “(...) convém discriminar dois elementos imprescindíveis a sua caracterização. Para que o cidadão possa esperar um comportamento ou se postar de determinado modo, é necessário que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas. Além disso, há que se garantir-lhe previsibilidade em relação às consequências das suas ações. (...) a segurança jurídica está ligada a decisão judicial e não a norma jurídica em abstrato”.

⁴⁸ Nota do autor: A acepção que damos ao termo é a de que a lei possui um conteúdo de significado que é passível de conhecimento e aplicação por todos os destinatários diretamente, mas tal significado é subjetivo. Somente quando uma decisão é prolatada nos órgãos judiciais é que temos um significado e aplicação firmados. Isto implica que se considerássemos uma hierarquia de significação e aplicação do direito, e não da lei, as decisões judiciais teriam a *última palavra*, tendo a lei a primeira, os regulamentos a segunda e assim sucessivamente. Contudo, isto é apenas um esquema didático de apresentar as coisas, pois uma decisão judicial perde força quando o legislador imprime um significado diferente a partir de uma nova lei. Temos assim uma espécie de círculo fechado de significações e aplicações, advindo da separação e interdependência dos Poderes. É preciso ressaltar, que as chamadas cláusulas pétreas refugiriam a este processo, sendo as únicas normas estanques. Mas, não podemos esquecer que estamos falando de significados e aplicação, que não implicam numa conta de resultado certo. Não obstante, quanto às cláusulas pétreas, é possível visualizar uma espécie de *agenda positiva*, em que qualquer decisão judicial vincula-se a essas apenas com conteúdos ampliativos de direitos, não se podendo diminuí-los quando outra decisão já lhe operou algum *plus* sobre fatos assemelhados.

⁴⁹ XAVIER, Alberto. **Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p 45. *apud* VIEIRA, José Roberto. **Princípio da Segurança Jurídica**. In Princípios Constitucionais e Estado de Direito. Revista de Direito Tributário. São Paulo, RT, nº 54, 1990. p 98-99.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011. *Passim*. Para ÁVILA a *segurança jurídica* tem um caráter funcional (p 33), que decorre da própria imposição do texto Constitucional. No entender do autor estamos vivendo um período de grande insegurança por uma série de motivos que ele elenca, tais como: profusão de leis, normas vagas e indeterminadas, a defesa de interesses contrários entre gupos sociais diversos, oscilação jurisprudencial dos tribunais superiores, etc (p 35 a 59). A partir deste quadro surgiriam vários problemas como: a falta de inteligibilidade, confiabilidade e calculabilidade na lei (p 60 e 61). E para evitar tais problemas é que o legislador busca estabelecer mais segurança jurídica através de mais leis, que leva a um paradoxo: a insegurança jurídica. Outra dificuldade que surge é estabelecer o que vem a ser *segurança jurídica*. O autor passa a descrever uma série

com “susceptibilidade de previsão objetiva, por parte dos particulares, das suas situações jurídicas”. Destarte, é correto afirmarmos que as decisões dos órgãos judiciais objetivam a pneumática da lei ou do próprio direito, a exemplo dos países em que os costumes se erigem ao lado dessa.

A perenidade firmada nas sentenças, acórdãos e decisões monocráticas representam a *certeza objetiva* transubstanciada no *princípio da segurança jurídica*, a qual dá a “delimitação das esferas jurídicas dos cidadãos entre si e perante o Estado”⁵¹. Todavia, uma univocidade de solução com fundamentações diversas conferem universalidade ao conjunto? O universalismo está, portanto, no objeto ou no processo? Estas questões, passamos a analisar.

de abordagem ao tema: segurança fática, comportamental, das normas, etc. Por fim define a segurança jurídica a partir intelegibilidade, confiabilidade e calculabilidade, em que os poderes constituídos devem adotar comportamento afim de que tais vetores sejam garantidos (p 682).

⁵¹ VIEIRA, José Roberto. **Princípio da Segurança Jurídica**. In Princípios Constitucionais e Estado de Direito. Revista de Direito Tributário. São Paulo, RT, n° 54, 1990. p 98-99.

2. DO UNIVERSALISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Era uma vez um gato, que por infortúnio foi colocado dentro de uma caixa de aço, em que havia uma substância radioativa. Também, dentro da caixa, tínhamos um *contador Geiger* - petrecho para medir radiações ionizantes – ligado a um mecanismo que acionava um martelo, o qual quebraria um tubo com ácido cianídrico, caso um único átomo da substância radioativa decaísse, ou seja, liberasse espontaneamente um isótopo que fosse detectado pelo contador, dando cabo a vida do bichano. Um observador só saberá se o gato está vivo ou morto se abrir a caixa, mas ao fazê-lo alterará a possibilidade dele estar vivo ou morto. Enquanto a caixa estiver fechada há uma incerteza, pois o átomo pode decair em 5 minutos bem como em 50 anos.

De forma análoga, o experimento mental de Schrödinger⁵², pode ser utilizado metaforicamente para o que discutimos até o momento. Podemos ter duas leis:

- 1) Se o átomo não decair então o gato deve estar vivo, *Se não D então V*;
- 2) Se o átomo decair então o gato deve estar morto, *Se D então não V*.

Numa dogmática formalista, como dissemos, a interpretação é simples ato de conhecimento. Abrimos a caixa, constatamos os fatos e sentenciamos conforme a lei: o gato está vivo ou não. Não obstante, o que o experimento nos coloca é que a observação pode alterar o evento. Entre o objeto gato e as leis de vida e morte, há uma indeterminação em termos de processo.

Para uma decisão judicial, esta incerteza pode estar nos fatos ou no sentido que o julgador dá à lei a partir da hermenêutica utilizada, suas interpretações e justificações, que não estão necessariamente no direito posto, mas na ciência do Direito. Isto significa que sentenças, acórdãos e decisões monocráticas, enquanto *objetos*, se coincidentes as suas soluções, mas justificadas de maneiras diversas, não tem um mesmo conceito de “universalidade” que advém do *processo* de decisão do tipo *lógico-racional*. Em verdade, a decisão enquanto *objeto* é mero resultado e, por isso, a “universalidade” só cabe como conceito de aglomerado em função de suas coincidências.

Para MACCORMICK, que utilizaremos como norte nas considerações deste capítulo, “o **processo** de aplicar normas é crucial para a atividade jurídica (...) consequentemente a lógica de aplicação da norma é a lógica central do direito dentro do

⁵² SCHRÖDINGER, Erwin Rudolf Josef Alexander. **Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik**. In Die Naturwissenschaften, Berlim, v. 48, ano 23, Nov/1935, p. 812.

moderno paradigma da racionalidade jurídica sob o manto do “Estado de Direito”⁵³. A universalidade nas decisões judiciais, portanto, encontrar-se-ia no *processo* de argumentação jurídica. É nele que se garante que as decisões sejam *eventualmente* unívocas. “Eventualmente” porque exceções são necessárias para criar decisões *equitativas*⁵⁴ que evitam resultados injustos.

Antes de aprofundarmos o tema é preciso fazer um rápido recorte dos pressupostos filosóficos que embasam a teoria de MACCORMICK.

2.1 PRESSUPOSTOS FILOSÓFICOS DO PENSAMENTO DE NEIL MACCORMICK

A filosofia possui várias preocupações. Uma delas é quanto à *origem do conhecimento*. Quais são suas fontes, que elementos os formam e em que medida? São várias as correntes filosóficas que tentam dar respostas a essas perguntas. Todavia três se destacam: o *empirismo*, o *racionalismo* e o *criticismo*.

ATIENZA esclarece que MACCORMICK tem como fundamento de suas tradições filosóficas e jurídicas “basicamente Hume, Hart e a *tradição do common law*”⁵⁵. Sua preocupação é de fazer uma integração, harmonizando

a razão prática kantiana com o ceticismo humeano; de mostrar que uma teoria da razão prática deve ser completada com uma teoria das paixões; de construir uma teoria que seja tanto descritiva quanto normativa; que dê conta tanto dos aspectos dedutivos quanto dos não-dedutivos; dos aspectos formais e dos materiais⁵⁶

Contudo, é preciso ressaltar que nos últimos tempos MACCORMICK desenvolveu uma conjectura própria chamada de *teoria institucional do direito*, para o qual esse é uma *ordem normativa institucional*, que se relaciona com a sociedade civil tendo por fim a paz social combinada com uma economia funcional. Buscou, ainda, algumas contribuições na “teoria dos sistemas” da Sociologia Jurídica. Para os fins dessa discussão, desenvolvemos um pequeno apanhado na Seção 2.4 desse trabalho. Por hora passamos a analisar os fundamentos destacados por ATIENZA, começando por HUME.

HUME figura entre os pensadores *empiristas*, para os quais, segundo REALE,

todo e qualquer conhecimento sintético haure sua origem na experiência e só é válido quando verificado por fatos metodicamente observados, ou se reduz a

⁵³ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p IX (preâmbulo).

⁵⁴ ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3º Ed. São Paulo: Landy Editora, 2003. p 127.

⁵⁵ ATIENZA, Manuel. **Op. Cit.** p 118.

⁵⁶ Ibidem. p 119.

verdades já fundadas no processo de pesquisa dos dados do real, embora sua validade lógica possa transcender o plano dos fatos observados.⁵⁷

As sensações são o ponto de partida de tudo o que conhecemos. O conhecimento é baseado na experiência sensorial, diferente do *racionalismo* em que a razão tem um papel preponderante nesse processo. Para os *racionalistas* os fatos não nos oferecem uma fonte segura de conhecimento. Além do que, a mente “tem uma função e valor próprios, dotada de verdades que os fatos não explicam, porque antes condicionam o conhecimento empírico”⁵⁸.

Por derradeiro falemos do *criticismo*, que busca “situar, preliminarmente, o problema do conhecimento em função da correlação “sujeito-objeto”, indagando suas condições e pressupostos”⁵⁹. O *criticismo*, antes de aceitar ou recusar os argumentos de *racionalistas* e *empiristas*, analisa quais são os pressupostos que ambos estão sugerindo na forma de obter conhecimento. Para tanto, exige-se um estudo “metódico prévio do ato de conhecer e dos modos de conhecimento”⁶⁰. KANT é um exemplo de representante do *criticismo*, ao lado KELSEN. Já, DWORKIN, é um *racionalista*. Os defensores do *realismo jurídico*, que iremos estudar no próximo capítulo, são empiristas.

HUME⁶¹ se declara não apenas um *empirista*, mas um *cético*, corrente filosófica que se insere na discussão sobre a *possibilidade de conhecimento*. Já falamos em capítulo anterior que o *ceticismo* se opõe ao *dogmatismo*, este afirmando ser possível atingir (existir) a verdade, diferentemente do *ceticismo* em que há uma *atitude* de dúvida constante sobre tal possibilidade.

HUME critica o *jusnaturalismo* metafísico entendendo que é da experiência sensorial que se extrai o caráter e as convicções morais. Portanto, não há, aí, aquilo que chamamos no primeiro capítulo de *universais de justo ou injusto, de certo ou errado* que os *jusnaturalistas*⁶² tradicionais preconizavam. Para ele é apenas uma questão de sentidos sensoriais em que a *virtude* é mera causa de *satisfação*⁶³ e o *vício* *incomodo*. A moral, contudo, é imperativa, não por uma questão racional, mas porque qualquer homem sente-a pela experiência na *satisfação* sensorial da *virtude* ou *incomodo* dos vícios. Seu estudo é importante, assim como a justiça,

⁵⁷ REALE, Miguel. **Op. Cit.** p 88.

⁵⁸ Ibidem. p 94.

⁵⁹ Ibidem. p 100.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Op. Cit.** p 255.

⁶² HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Volume II, Livro III, Parte I, Seção II. *apud* MORRIS, Clarence. **Op. Cit.** Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p 189. “(...) *pode ser oportuno observar a partir dessas definições de natural e inatural, que nada pode ser menos filosófico do que esses sistemas que afirmam que a virtude é igual aquilo que é natural, e que o vício é igual ao que é inatural*”.

⁶³ HUME, David. **Op. Cit.** *apud* MORRIS, Clarence. **Op. Cit.** Volume II, Livro III, Parte I, Seção II. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p 188. “*Ter o senso de virtude nada mais é que sentir uma satisfação de um tipo especial a partir da contemplação de um caráter. A própria contemplação constitui nosso louvor ou admiração*”.

por ser socialmente útil. Para ele, se déssemos a todas as pessoas tudo o que materialmente necessitam, em abundância, ainda assim precisaríamos da lei, pois suas habilidades e experiências pessoais romperiam com essa suposta igualdade.

Assim, a lei não tem o condão de assegurar qualquer princípio *universal*, do tipo proclamado por alguns jusnaturalistas, mas sim promover a *segurança* do povo, em função do conflito que se testemunha por conta das diferenças de cada um. As leis não devem ser aplicadas como um dado universal, mas em acordo com os anseios e expectativas do povo, de sua geografia e peculiaridades.

A lei é, então, um instrumento de utilidade convencionado para o bem da sociedade, no plano da moral como *satisfação*, e, portanto, aquilo que se convencionou é o que chamamos de *justiça*⁶⁴ – pacto que gera utilidade. Tal pacto implica em *virtudes sociais* esperadas – um agir em sociedade e para sociedade de forma a crescer a *satisfação pessoal*⁶⁵. Quando tais virtudes falham entram em campo as leis positivas, que dizem qual utilidade pública deve prevalecer. Falhando as leis entram os *precedentes*. Muito embora uma virtude social anterior não seja necessariamente a virtude social atual, por força da necessidade de manter a *segurança*⁶⁶ do viver social, a convenção deve ser preservada e mantida em benefício de todos.

Sobre tais bases filosóficas é que se constrói o pensamento de MACCORMICK, não obstante ATIENZA atentar para o fato de que MACCORMICK pretenda harmonizar seus pontos de vista à *razão prática* kantiana. Não vamos nos deter em maiores detalhes sobre a filosofia de KANT por extrapolar os limites desta discussão. É importante ressaltar apenas os pontos de interesse que pretendemos trabalhar neste capítulo.

⁶⁴ GUIMARAES, Lúvia. **David Hume, 1711-1776**. In Dicionário de Filosofia do Direito. Org. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p 451. “*três tipos de bens são almejados: físicos, mentais e bens exteriores ou posses materiais. Estes últimos embora desejados por todos e instrumentais para a obtenção de muitos outros são escassos. Assim, tem-se de um lado a escassez dos bens externos e, de outro, a natural avidez e egoísmo humanos. Além disso, de todos os bens, somente os materiais podem ser alienados de seu possuidor para vantagem alheia. Daí decorre a instabilidade na sua fruição. A justiça vem corrigir essa instabilidade. Ela confere estabilidade à posse de bens materiais e, para que estes circulem, acrescenta convenções relativas à sua transferência (...). Com a justiça o que era posse se transforma em propriedade (...). Legislando sobre as relações mútuas e gerais, ela visa o interesse ou a utilidade pública*”.

⁶⁵ Ibidem. p 450-451. “*Na visão de Hume, somos motivados por natureza a buscar nossa própria utilidade, interesse ou vantagem. Uma vida social é vantajosa para seres humanos; de fato nós necessitamos de sociedade para suprir faltas, conjugar forças, dividir tarefas e ocupações, e nos darmos socorro mútuo. Não é a razão que nos mostra essa necessidade, pois naturalmente somos sociáveis e possuímos afetos desinteressados (...). Seres humanos manifestam uma oposição de paixões: de um lado estão egoísmo, que os afasta entre si; e, de outro, o apetite sexual, que promove sua primeira união e a expande com a chegada da prole (...). O artifício da justiça redireciona motivações naturais*”, pois se de um lado ela é uma “*motivação prudencial*” que “*está no interesse egoísta pela satisfação da avidez*”, por outro, ela se torna uma “*virtude moral*” que por meio da “*educação, que cultiva nos agentes sentimentos de aprovação e desaprovação diante de atos justos e injustos*”, servindo ao “*interesse dos agentes individuais, ainda que por um caminho oblíquo*”.

⁶⁶ Ibidem. p 452. “*atos justos são entendidos como conduta regulada. Nessa concepção, não pode haver prática da justiça dissociada de regras de justiça, e a virtude da justiça consiste precisamente na obediência às regras ou na conformidade com a regra geral, independente dos casos particulares*”.

Em um de seus mais recentes livros, *Practical Reason in Law and Morality* (2008), MACCORMICK faz uma análise da relação entre *lei* e *moralidade* a partir da *autonomia* e *universalidade*. Ele “identifica a autonomia como sendo a característica central e única da moralidade – ao menos quando em comparação com a lei”⁶⁷, pois cada agente moral vive a sua lei moral, e tal concepção de *autonomia* se relaciona com um requerimento de *universalidade*, na medida em que aquilo que é permissível para mim é para os outros: se posso beber e dirigir um veículo, qualquer um pode, por exemplo. Se não posso, ninguém pode.

Mas como a *autonomia* leva a *universalidade*? A *autonomia* é uma qualidade das pessoas determinarem seus desejos de acordo com julgamentos razoáveis, baseados nas informações externas e internas obtidas reflexivamente em discussões com outros. Estas conclusões *racionalmente* coligidas de seus desejos criam obrigações, deveres e direitos que são inerentemente *universalizáveis*. A dificuldade reside em chegar a um discurso aceito conjuntamente uma vez que confrontamos as questões morais como agentes autônomos. Afinal, o problema é que a *universalidade* não se aplica quando a questão não se funda sob uma *ação certa*, mas sob um *bem viver*: o que é bom para mim, pode não ser para outros.

Neste contexto a *lei* surge como um caminho heterônomo, com *requerimentos categóricos* de deveres, obrigações e direitos que se impõe a cada agente moral, representando um contraste à moralidade que é dotada de *autonomia*, *discursividade* e *controvérsia*. O conceito que MACCORMICK utiliza de heteronomia é o aplicado por KANT⁶⁸ no sentido de que não é o agente moral que dá a lei a si-próprio, mas o objeto buscado (perseguido ou desejado) é quem enuncia a lei pela qual a vontade deve determinar-se: se quero preservar minha vida ao atravessar uma rua, a lei indica que devo atravessar na faixa de pedestre.

Além disto, a referência a *requerimentos categóricos*, que MACCORMICK lança mão, não é no sentido *forte* que KANT utiliza: como ação de acordo com *princípios objetivamente válidos*⁶⁹. BAMFORD⁷⁰ explica que os *imperativos categóricos* de KANT

⁶⁷ DEL MAR, Maksymilian. **The Smithian Categorical Imperative: How MacCormick Smithified Kant.** University of London - Queen Mary - Department of Law. June 5, 2010, p 3. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=162091> . Acessado em 07 de julho de 2013.

⁶⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda, 2007. p 86. “Quando a vontade busca a lei, que deve determiná-la, em qualquer outro ponto que não seja a aptidão das suas máximas para a sua própria legislação universal, quando, portanto, passando além de si mesma, busca essa lei na natureza de qualquer dos seus objectos, o resultado é então sempre heteronomia. Não é a vontade que então se dá a lei a si mesma, mas é sim o objecto que dá a lei à vontade pela sua relação com ela”.

⁶⁹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito.** loc cit. p 7. “Qualquer modalidade de argumento avaliatório deve envolver, ter por base ou pressupor algumas premissas essenciais que não são em si prováveis, demonstráveis ou confirmáveis em termos de razões suplementares ou ocultas. Nesse sentido, nossas premissas normativas fundamentais não são derivadas da razão, não são produto de uma cadeia de raciocínio lógico. Como veremos, isso não significa o mesmo que dizer que não se possa apresentar absolutamente nenhum motivo para acatar essas premissas fundamentais – “princípios” – como base para atos e julgamentos. Contudo,

possuem uma ambiguidade e dois sentidos: um *forte* e outro *fraco*. MACCORMICK utiliza-o no sentido *fraco* em que agir de acordo com *imperativos categóricos* implica meramente agir em consonância com *princípios universalizáveis*⁷¹. Isto faz todo sentido se atentarmos sobre o que discorreremos atrás em relação a HUME, à justiça e à virtude social.

Finalmente, completando os pressupostos filosóficos de MACCORMICK, é preciso comentar brevemente sobre HART. O ensejo que levou MACCORMICK a escrever sua principal obra, *Legal Reasoning and Legal Theory*, foi uma resposta à crítica que DWORKIN fez a obra de HART, *Concept of Law*. Para HART⁷² o Direito estrutura-se sobre normas primárias e secundárias. Uma sociedade que tivesse apenas *normas primárias* seria uma sociedade pré-jurídica, pois tais normas trariam apenas obrigações e uma série de problemas como, por exemplo, a falta de *reconhecimento* de quais regras deve reger a conduta do grupo, quais as autoridades capazes de alterar, acrescentar ou suprimir normas e a falta de uma instância especial que aplicaria a sanção pelos desvios. Somente com as *normas secundárias*, que são as *metanormas*, é que se resolveriam os problemas das *normas primárias*, ou seja, com regras sobre regras é que uma sociedade viria a configurar-se juridicamente. É a passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, e é aí que se encontra o *conceito de Direito*. Portanto, as regras secundárias introduzem *regra de reconhecimento, de alteração e de julgamento*.

HART utiliza alguns conceitos de *jogos de linguagem* da teoria de WITTGENSTEIN. Os enunciados jurídicos permitem um universo interpretativo de significados. Tais significados estão sob o ponto de vista do grupo (interno) e do observador (externo), respectivamente. Internamente, o comportamento do grupo se dirige no sentido daquilo que interpretam das normas, ou seja, as pessoas agem de acordo com as normas, aceitando-as, e aspiram que os demais também façam o mesmo. Do ponto de vista externo, do observador do sistema, podem-se assumir muitos olhares: como a mera percepção de comportamentos regulares e hostis, a forma como os membros se comportam, a predição de sanções. A predição de sanções também é percebida pelo grupo (ponto de vista interno) e tem

as razões que podem ser apresentadas não são conclusivas em sua natureza, nem são igualmente convincentes para todos. Pessoas honestas e razoáveis podem divergir e realmente divergem até mesmo quanto a questões de princípios fundamentais. Cada uma com razões que parecem boas para a visão que adota".

⁷⁰ BANFORD, Paul. **The Ambiguity of the Categorical Imperative**. In Immanuel Kant: Critical Assessments, Vol. III: Kant's Moral and Political Philosophy, ed. R. Chadwick, 1992, 76-84. *Apud* DEL MAR, Maksymilian. **Op. Cit.** p 7.

⁷¹ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. loc cit. p 8. "*Eles representam uma tentativa de impor um padrão racional a nossos atos – do mesmo modo que a iniciativa científica impõe esquemas gerais aos acontecimentos observados, no esforço de fornecer uma explicação racional e estruturada para eles. Pelo menos no nível formal, há analogias válidas a serem extraídas entre a razão "pura" e a razão "prática"*".

⁷² KOZICKI, Kátia. **Herbert Lionel Adolphus Hart: 1907-1992**. In Dicionário de Filosofia do Direito. Org. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p 409-411.

seu significado, servindo de base para a aplicação do direito pelos tribunais. Contudo, a linguagem natural, e também a jurídica, muitas vezes só permite que o sentido se dê dentro de um contexto.

Esse limite da linguagem acaba por fazer com que o Direito tenha o que HART denominou de *textura aberta*. Muitos problemas de *incidência da norma* sobre o *fato* são solucionados sem muito esforço, mas há casos em que há uma *zona de penumbra* em que a conduta esperada não pode ser de pronto estabelecida. Diante disto, HART admite certa *discrecionabilidade* judicial, em que pelos problemas próprios da linguagem e certa indeterminação da norma aplicável fazem com que o juiz efetivamente *crie o direito*. Não se trata de uma criação livre, ao modo do legislador, mas circunscrita aos limites do direito *preexistente*. Assim, o julgador age discricionariamente nas lacunas do ordenamento.

DWORKIN⁷³ critica HART com a publicação da obra *The Model of Rules*, reeditado sob o título *Is a Law a System of Rules?*. Em termos sintéticos DWORKIN afirma que o Direito não é um sistema simples de normas. Para ele o sistema jurídico deve funcionar como princípios, diretrizes políticas e outros tipos de pautas. Assim, num conflito de normas, a prevalência de uma ou outra norma está para além delas. Quem tiver de decidir sobre qual é válida, deve ponderar sua importância (peso) de modo a estabelecer, num conflito de “tudo e nada”, qual deverá ser aplicada, sem que com isso se retire a norma não válida, naquele caso concreto, do ordenamento.

É na verdade uma tarefa de *descobrimento*, e não de *criação* de direito como queria HART. Portanto, DWORKIN ataca a ideia de um Direito com *textura aberta*, pois é sempre possível *encontrar* uma resposta correta, ainda que para um caso difícil. Para isso exige-se uma confiança cognitiva no juiz, em sua capacidade de encontrar um todo coerente do direito, vez que este se comporta como um romance, em que o julgador, tal qual um novelista que escreve um capítulo, deve olhar o passado e pensar no futuro para redigir sua decisão judicial.

MACCORMICK⁷⁴ sai em defesa de HART, resumindo as críticas que DWORKIN fez do seguinte modo: a) não há espaço para operação de princípios dentro do processo judicial nas teses de HART; b) a natureza e abrangência do arbítrio judicial estão incorretamente caracterizadas, pois o juiz não tem um arbítrio “forte”, quase legislativo, mas “fraco”, pois usa seu arbítrio pessoal para aplicar princípios pertinentes; c) Tais princípios não são identificáveis por meio de uma *norma de reconhecimento*; d) A *teoria das normas sociais*, sobre a qual HART constrói sua explicação de *norma de reconhecimento*, no qual

⁷³ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p 64-70.

⁷⁴ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. loc cit. p 300.

muito do comportamento das pessoas é influenciado por suas percepções do que é “normal” ou “típico”, é um modelo insustentável.

A resposta a essas censuras de DWORKIN, MACCORMICK⁷⁵ desenvolve ao longo de sua obra, na qual investiga a argumentação jurídica nos tribunais. Verifica que essa cumpre uma função de justificação, inclusive com fins de persuasão, que se concretizará se os fatos conformarem-se às normas, de maneira a garantir a justiça combinada com o direito vigente.

2.2 PROCESSO DE ARGUMENTAÇÃO COMO PROCESSO DE JUSTIFICAÇÃO

Para MACCORMICK⁷⁶, a aplicação da norma se resume numa fórmula simples: normas mais fatos, igual a conclusão. As normas são proposições hipotéticas que, para gerarem determinada consequência, exigem que ocorram certos *fatos*. Esses, chamados de *operativos*, são concebidos de maneira *universal*. Contudo, não se pode pretender que, a partir das formulações hipotéticas das normas, possamos trabalhar sob o completo influxo de uma lógica dedutiva. Questões sobre a representatividade, ou não, dos *fatos operativos*, o significado das palavras nas normas, enfim, todos os problemas de interpretação, classificação e pertinência são endêmicos para o direito, como explica MACCORMICK. Por isso ele prefere uma abordagem mais próxima dos *fenômenos*, ou seja, as argumentações dos tribunais - *argumentações práticas* - que dariam as pistas para um *sistema racional de pensamento e ação*.

Não devemos pensar que MACCORMICK sugira ser o direito determinável, ou ainda, que a *razão prática* sirva como guia quando as normas falharem. Embora em edições recentes de *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* ele afirme que se deixou convencer por ALEXY e HABERMAS de que seja possível submeter a argumentação jurídica aos princípios da racionalidade prática, isso não o afastou do ceticismo Humeniano quanto aos limites da razão nas questões de ordem prática. Afinal, qualquer argumentação exige algum tipo de premissa que, pela razão, leve a uma conclusão. No entanto, não devemos esquecer que, em última análise, operamos com fenômenos sensíveis, na medida em que me sinto obrigado, ou não, por alguma premissa, independentemente da lógica que dela se extraia.

Embora MACCORMICK tenha para si tal noção dos limites da razão, essa não merece demérito, pelo contrário, o fato de aderirmos a determinados princípios que as normas

⁷⁵ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. Org. Isabela Borba. São Paulo: Atlas, 2009. p 93.

⁷⁶ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. loc cit. p X. (preâmbulo).

sugerem, demonstra uma “manifestação de nossa natureza racional”⁷⁷.

A partir desses pressupostos, MACCORMICK⁷⁸ faz uma *investigação* do processo de raciocínio nos tribunais. Essa não se pretende exaustiva sobre todos os elementos que fazem parte da argumentação das Cortes. Também não tem a pretensão de enunciar em como os juízes devem argumentar uma questão. Sua investigação se limita a demonstrar certas características da argumentação jurídica existente nos tribunais, ao mesmo tempo em que explica as razões dessas características tendo em vista suas *funções*.

Toda decisão judicial exige algum tipo de *argumento* para que convença as partes daquilo que está sendo decidido. Portanto, argumentar demanda um *processo de justificação*. Algum juiz pode entender que uma ex-esposa não tem direito à pensão alimentícia, pois ela lhe parece uma pessoa irascível ou, ainda, interesseira. Contudo, não poderá justificar sua sentença nesses termos. Será necessário argumentar a partir de razões aceitáveis para as partes, ou seja, para MACCORMICK, ainda que haja outras razões subjacentes ao sistema legal para decidir, deve-se ter em conta a investigação acerca das *razões ostensivas* e seu *processo de justificação*, que aparecem efetivamente nas sentenças e acórdãos.

A partir desse ponto comentamos os processos de justificação que MACCORMICK observou nas decisões estudadas.

2.2.1 A Justificação por Dedução

A justificação por dedução é utilizada num argumento em que se pretende demonstrar uma *função lógica* de validade entre premissas e conclusão. Obviamente podemos raciocinar que em toda argumentação de uma decisão deve haver algum tipo de lógica nesse sentido. Contudo, o que MACCORMICK pretende sugerir é que existem *casos evidentes*, ou seja, casos que não demandam dúvidas de interpretação ou classificação de fatos, ou que ninguém se dispõe a argumentar de forma diferente, ou, se tentou, foi negado por um tribunal. Vejamos a decisão abaixo:

0060199 JCP.333 – PENAL E PROCESSUAL PENAL – DELITO DE CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 333, CP) – OBTENÇÃO DE CANCELAMENTO DE DÍVIDAS FISCAIS E EXPEDIÇÃO DE CND INIDÔNEA MEDIANTE O PAGAMENTO DE PROPINA A AGENTES PÚBLICOS – PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS OU IMPOSSÍVEIS DE SE REALIZAR MATERIALMENTE – DECISÃO ESCOIMADA DE VÍCIOS – INTENÇÃO DO JUÍZO SENTENCIANTE DE IMPRIMIR CÉLERE TRAMITAR AO FEITO –

⁷⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. loc cit. p 7.

⁷⁸ Ibidem. p 10.

MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DUVIDOSAS – PROVA ROBUSTA DE QUE O RECORRENTE FOI BENEFICIADO DE FORMA ESCANCARADA E ESCANDALOSA POR AGENTE PÚBLICO, QUE FEZ EXTIRPAR DOS REGISTROS DA FAZENDA NACIONAL O DÉBITO QUE A EMPRESA DO RECORRENTE TINHA PARA COM ESTA – EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO – INEXISTÊNCIA DE PROVA DA OFERTA OU DA PROMESSA DE VANTAGEM QUE O RECORRENTE FEZ AO AGENTE PÚBLICO PARA OBTER TAL FAVOR – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO – APELO CRIMINAL PROVIDO – ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE – 1- Apelação Criminal interposta em face da sentença proferida pelo Juízo Federal da 3ª Vara-PB, que condenou o Réu à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, além de multa de 57 (cinquenta e sete) dias-multa, no valor unitário de 1/5 (um quinto) do valor do salário mínimo vigente ao tempo do fato, a qual foi convertida em duas penas restritivas de direito, pela prática do crime tipificado no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa). 2- Narra a denúncia que em julho de 1999, o Sr. José Fernando Ribeiro Coutinho, na condição de sócio-gerente da empresa AGROPAR AGROPECUÁRIA VALE DO PARAÍBA LTDA., teria procurado um dos outros réus, o Sr. ANTONIO TAVARES DE CARVALHO, então Procurador-Chefe da Fazenda Nacional no Estado da Paraíba-PFN/PB, para conseguir o cancelamento indevido de dívidas daquela empresa perante a União (inscrições nº 42 5 99 000113-05, 42 5 99 000112-24, 42 2 99000739-88, 42 6 99 001876-72, 42 5 99 000848-84) e receber certidão negativa de débito, tudo isso mediante o pagamento de propina. A pessoa que teria executado a operação teria sido o servidor da PFN/PB Ricardo César Ferreira de Lima. Para corroborar sua tese, disse o MPF que foi emitida a certidão negativa de débito de nº 03996/99 - 0897000803535 em favor da empresa na data de 05.07.1999, apesar de existirem dívidas inscritas e não pagas. Estas condutas, segundo o Parquet, seriam comuns no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional naquele período, em que o Sr. ANTONIO TAVARES DE CARVALHO estava na direção daquele órgão. Seria recorrente a prática de redução das dívidas de pessoas físicas e jurídicas em até 0,1%, 1% ou 10% da do montante original, sempre mediante o pagamento de propina a servidores públicos. Afirmou-se ainda que o líder da quadrilha seria o Sr. ANTONIO TAVARES DE CARVALHO, auxiliado por Antônio Carlos Costa Moreira da Silva, também Procurador da Fazenda Nacional. Quem cumpria as ordens eram os servidores RICARDO CEZAR FERREIRA DE LIMA e Edson de Mendonça Rocha. O Sr. José Ronaldo Alves Teixeira funcionaria como um aliciador dos empresários. No caso concreto, apenas ANTONIO TAVARES e RICARDO teriam participado do delito, não havendo indícios de participação dos demais integrantes da quadrilha. Ressaltou-se na denúncia que os inúmeros depósitos de quantias efetuados nas contas dos servidores públicos em datas próximas às emissões das certidões, sem qualquer explicação para alguma origem lícita do dinheiro, evidenciam o recebimento de propina. 3- Afasta-se a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa por não acolhimento de diligências postuladas pela Defesa. A decisão do Juízo a quo ao indeferir ditas diligências se fundou tanto na desnecessidade das mesmas quanto na impossibilidade de sua produção probatória. A magistrada também primou pela duração razoável do processo, preceito agora com status constitucional, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, razão pela qual afastou a produção de provas desnecessárias, as quais objetivaram, precipuamente, retardar o celerê tramitar do feito. 4- Materialidade e autoria delitivas duvidosas. Ausência de provas contundentes e cabais de que o ora Apelante realmente cometeu o delito cuja prática está lhe sendo imputada. Aplicação do in dubio pro reo. 5- Está-se diante do crime de Corrupção Ativa, descrito no art. 333, do Código Penal da seguinte forma: "Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena: reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa". Para configuração do delito de corrupção ativa, precisa-se inicialmente restar comprovado que o autor do ilícito ofereceu ou prometeu vantagem indevida ao agente público. No presente caso, por mais que tenha restado comprovado que o Acusado foi beneficiado e foi realmente beneficiado por ato ilícito ou manifestamente ilícito dos agentes públicos envolvidos no processo, não

restou comprovado nenhum dos núcleos alternativos no tipo. 6- Nos autos há prova robusta de que o Recorrente foi beneficiado de forma escancarada e escandalosa por agente público que fez extirpar dos registros da Fazenda Nacional o débito que a empresa do Recorrente tinha para com a esta última e com isso foi expedida certidão negativa de débito, consequentemente gozando-se dos benefícios que esse documento oferece. Porém, infelizmente, não há prova da oferta ou da promessa de vantagem que o Recorrente fez ao Agente Público para obter tal favor. Com isso, tem-se a certeza dos fatos quanto a vantagem que o Recorrente obteve, a certeza quanto à ilicitude dos atos dos agentes públicos, os quais chegaram inclusive a ser confessados, mas não se tem prova, por mínima que seja, da oferta ou da promessa que o Recorrente fez ao agente público para obter a certidão negativa de débito. 7- Embora os agentes públicos tenham confessado a prática dos ilícitos no que tange a suas atitudes, não revelaram, nem de forma indireta ou indiciária, o que foi ofertado ou oferecido pelo Recorrente. Sabe-se que, dificilmente os agentes públicos agiram de forma graciosa. A empresa em que o Recorrente era administrador foi beneficiada. Isso não foi por simples altruísmo ou sentimento de ternura, mas infelizmente não se tem elementos que indiquem a oferta ou a promessa para a consecução da prática de atos intencionalmente ilícitos e quem o fez. Há apenas ilação de que algo foi ofertado ou prometido ou mais ainda, foi dado, pago ou consumado em termos de vantagem, porém não se tem a prova suficiente que possa embasar uma condenação em matéria de direito penal. 8- O direito penal, por ser um direito que não deve alcançar a elite com o poder de barganha em decidir sobre a norma que incide sobre os ilícitos, não chegou ainda ao patamar de fazer incidir uma sanção para uma situação tão esdruxulamente manietada. 9- Apelo Criminal conhecido e provido. Absolvição do Apelante. (TRF 5ª R. – ACR 2005.82.00.010743-4 – (7287/PB) – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias – DJe 20.01.2011 – p. 274)v88

O uso de uma justificativa dedutiva deve atender a seguinte forma de argumentação “*Se P, então Q*”, que é a premissa maior, representada pela lei. O fato será a premissa menor “*P*”, e finalmente a conclusão “*Q*”. No caso temos:

- ***Se “P”*** [Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:], ***então “Q”*** [Pena: reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa] (Premissa Maior);
- ***“Não P”*** [não há prova da oferta ou da promessa de vantagem que o Recorrente fez ao Agente Público para obter tal favor] (Premissa Menor).
- ***Não Q*** [Apelo Criminal conhecido e provido. Absolvição do Apelante] (Conclusão).

Interessante notar que o crime dá todo indício de ter ocorrido, pois a empresa obteve a Certidão Negativa de Débitos, apesar de possuí-los. Os servidores confessaram o ilícito e foram encontrados vários depósitos em suas contas correntes. Contudo, não se conhecia a procedência de tais depósitos, embora se acreditasse tratar de propina. Os servidores, também, não indicaram a vantagem prometida ou recebida. Assim, uma vez não comprovados os núcleos verbais do tipo (oferta ou promessa da vantagem), o administrador da empresa ré foi absolvido. O fato foi de tal modo arranjado que causou estupor no julgador, conforme suas próprias palavras.

Neste tipo de justificação, o julgador se sente obrigado tacitamente pelo respeito aos *critérios de reconhecimento*. Ele não decide *por sobre* uma estrutura de valores, mas sim *dentro* de uma estrutura de valores, conscientemente exercida para os fins políticos inerentes a ordem constitutiva da sociedade. São chamados de *casos evidentes*, por conta de sua aplicação imediata do texto legal.

Não obstante, não devemos achar que tais *casos evidentes* sejam tão evidentes! Obviamente sempre há espaço para algum tipo de problema, como os factuais derivados da falta de *comprovação dos fatos* (provas), mas também pode surgir dificuldade na *classificação ou qualificação* dos fatos. Nesse último caso, entramos no campo da *justificação de segunda ordem*, que passamos a examinar.

2.2.2 A Justificação de Segunda Ordem

A *justificação de segunda ordem* diz respeito a uma escolha entre *deliberações* rivais. Por *deliberação* entende-se uma premissa universalizável para um determinado caso. Trata-se, portanto, de uma “justificação de escolhas”⁷⁹. Uma decisão será universal quando se puder fazer a mesma *deliberação* a casos particulares semelhantes, recorrendo-se, aqui, ao valor da justiça formal em que juízes justificarão suas decisões nos mesmos termos e esperarão que outros advogados e juízes apoiem tais argumentos.

Não se deve confundir *generalização* com *universalização*. A *generalização* possui vários níveis. Por exemplo, a Lei n° 8009/90 dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família e suas exceções. Em seu artigo 1° temos que “o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável (...)”, considerando-se “residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente” (artigo 5°). Um primeiro nível de generalização poderia ser no sentido de que *somente o imóvel em que a família reside é impenhorável*. Outro nível de generalização poderia ser que *o único imóvel da família é impenhorável, ainda que ali não residam, mas que dependam das rendas de locação*. Um terceiro nível de generalização poderia ser que *tanto o imóvel que a família reside quanto aquele que lhe proporciona renda para manutenção são impenhoráveis*. Outra generalização seria *aferir a possibilidade de desmembramento do bem, mantendo-se apenas a área destinada à residência, sendo a outra desmembrada entregue ao pagamento de dívidas ou indenizações*.

Trata-se de determinar o quanto podemos ampliar ou restringir o conceito de imóvel

⁷⁹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. loc cit. p 129.

de família impenhorável. A *universalização* diz respeito em estabelecer uma dentre as várias *generalizações* possíveis. Pode-se questionar, mas qual delas? MACCORMICK explica que a estruturação de *deliberações rivais* para uma decisão deve ser formulada pelos advogados. A eles é quem cabe trazer a defesa ou reivindicação, explicando ou distinguindo os precedentes jurisprudenciais favoráveis ou desfavoráveis, demonstrando analogias e princípios. É a aplicação dos princípios do *sistema acusatório*, no qual compete às partes a gestão de tudo que aleguem no processo.

O juiz esquadrinhará o caso com base nas *deliberações* trazidas pelas partes, mas procurará interpretar a lei pelo seu significado mais óbvio, estando atento à intenção do legislador, não apenas pela natural deferência que se deve ao Parlamento, mas na compreensão da política que o legislativo quer imprimir na consecução do interesse público. Quando houver dificuldade nesse sentido, e não for possível alcançar tal *obviedade* da norma, deve-se ter em conta a *existência de sentido* nas *deliberações* sugeridas pelas partes. Tanto a existência de *sentido no mundo* como *sentido no sistema*.

Fazer sentido no mundo significa que não basta uma operação silogística entre norma e fato. Nas ponderações sobre *deliberações rivais* é preciso ter em conta suas consequências – que se ligam direta e indiretamente ao resultado –, a aceitabilidade dessas e os valores individuais que o julgador tem sobre o que se está decidindo, portanto, trata-se de uma fase avaliatória.

Já no âmbito do *fazer sentido no sistema* há uma reflexão sobre os valores intrínsecos do sistema. Devemos testar a *coesão* e *coerência* sobre as *deliberações* propostas. Na *coesão* se busca a não contradição. Uma *deliberação* pode ser absolutamente persuasiva, mas essa não poderá ser contraditória à norma compulsória, exceto quando houver precedentes interpretando de maneira diversa, como nos *casos exemplares*, em que se estabeleceu um *distinguishing*.

Igualmente, deve-se avaliar a *coerência* tanto *narrativa* quanto *normativa*. A *coerência narrativa* “oferece um teste com relação a questões de fato, quando não é possível uma prova direta, por observação imediata, dessas questões”⁸⁰. Assim, entra-se no campo das crenças, na racionalidade de suas plausibilidades.

Já na *coerência normativa*, o que se deseja é avaliar se as interpretações dadas às *deliberações* em conflito são congruentes com as demais normas do ordenamento jurídico. Busca-se encontrar uma *proposição* a respeito daquilo que se está decidindo. Uma *proposição* é uma racionalidade que de alguma forma unifica o conjunto de normas sobre determinados

⁸⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e DUARTE, Francisco Carlos. **Op. Cit.** p 98.

fatos em um sentido próprio, permitindo que uma decisão afirme “uma posição geral como fundamento legal suficiente para uma decisão favorável” ou contrária a “qualquer proposição geral dessa natureza”⁸¹. Não é uma *ratio decidendi*, no sentido de expressão escrita, mesmo porque não devemos ter a ilusão de que exista *uma ratio decidendi* para cada fato, conforme alerta MACCORMICK. Basta observar os tribunais colegiados e verificar as diferentes fundamentações para o mesmo caso. Por exemplo, a questão da impenhorabilidade do bem de família discutido anteriormente: qual a finalidade dessa norma? É a garantia da habitação, apenas? Ou pode-se estender a questões da manutenção familiar? Além disso, deve-se ter em conta as normativas que estão em confronto, sejam fiscais, civis ou penais, por exemplo. Em que medida a unidade familiar deve ser protegida em relação aos credores? Em que medida a falta de proteção aos credores gera outros problemas sociais que podem se reputar tão graves quanto desamparar uma família? Essas questões devem ser bem compreendidas, pois se trata justamente de empreender *proposições* que emprestem coerência às normas, como significados gerais, ao modo dos princípios no direito.

Não se trata de utilizá-los como justificativa, mas de demonstrar que são justificáveis legalmente, ou seja, estabelecem limites dentro dos quais uma decisão é legítima. De modo diverso, uma deliberação será *inaceitável* quando não atender: a) ao interesse público, pela dissociação com as políticas requeridas; b) faltar com a necessidade de justiça corretiva; c) vá de encontro ao senso comum, enquanto moralidade positiva; d) falte praticidade ou conveniência em termos de interesse geral.

2.2.2.1 Interpretação e Pertinência

Quando falamos das dificuldades da premissa menor – os fatos – comentamos sobre problemas de *qualificação* desses fatos e da *prova*. Na premissa maior, ao nível da norma, encontramos problemas de *interpretação* e *pertinência*. Os *problemas de interpretação* ocorrem quando uma norma é ambígua em relação aos fatos nela mencionados. Já num problema de qualificação, o *fato universal (operativo)* que consta na norma é claramente definido, sendo que a dificuldade está em enquadrar o *fato real*. Diferentemente, no problema de interpretação o *fato universal* tem um conceito fluído, sendo passível de conduzir a *deliberações* rivais.

Já os *problemas de pertinência* se referem a questões em que não está evidenciada qual regra deve ser aplicada, havendo um problema de escolha entre pelo menos duas delas,

⁸¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e DUARTE, Francisco Carlos. **Op. Cit.** p 89.

devendo-se aplicar aquela que tenha pertinência efetiva ao caso.

A nós, nos afigura que os chamados *hard cases*⁸² apresentam, justamente, estes tipos de problemas, em geral concomitantes: de pertinência e interpretação. O caso Ellwanger é bastante revelador deste quebra-cabeça.

Siegfried Ellwanger foi acusado de editar e distribuir livros com conteúdo anti-semita, conforme o artigo 20 da Lei nº 7716/89:

Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. (Artigo incluído pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990) Pena: reclusão de dois a cinco anos. § 1º Incorre na mesma pena quem fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Além de escrever livros, também reeditava obras de outros autores com teor assemelhado, alguns bastante antigos, com mais de 50 anos. Determinadas publicações sugeriam o chamado *revisionismo histórico* em que se imputava culpa aos judeus, e não aos alemães, pelos males da guerra. Foi absolvido em primeira instância, mas condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que entendeu tratar-se de racismo, sendo tal crime imprescritível de acordo com o artigo 5º, XLII, da Constituição Federal: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Contra a condenação foi impetrado *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça em favor de Ellwanger, o qual foi denegado e, em seguida, junto ao Supremo Tribunal Federal. Sinteticamente, alegou em defesa que o delito de discriminação não se constitui racismo, pois os judeus não eram uma raça, mas sim um povo, logo, o injusto seria de discriminação e estaria prescrito.

Preliminarmente devemos notar que a alegação do impetrante do *habeas corpus* parece remeter a um simples caso de *qualificação dos fatos*: os judeus são ou não uma raça e, portanto, estaríamos diante de um crime de racismo ou não? Passemos a analisar a discussão travada no Supremo:

- *Debate sobre qualificação dos fatos e coerência*

Para *qualificar os fatos*, o Ministro relator *Moreira Alves* propõe uma *generalização* sobre o conceito de raça, que incide sobre a norma constitucional do significado de *racismo*, portanto um problema de *interpretação*: pelo conceito antropológico de raça os diferentes

⁸² CELLA, José Renato Graziero e SERBENA, Cesar Antonio. **Lógica Deontica Paraconsistente e Hard Cases**. Comunicação apresentada no VI Congresso Brasileiro de Filosofia, realizado na Universidade de São Paulo - USP entre os dias 6 e 11 de setembro de 1999, Seção de Lógica e Filosofia da Ciência, exposição em 08 de setembro de 1999.

grupos de gêneros humanos, por suas características físicas, eram catalogados em três: caucasiana, negróide e asiática. Por conseguinte, os judeus não são uma raça, mas um povo. Assim, os fatos não se qualificam como crime de racismo, imprescritível.

Para *Sepúlveda Pertence* a imprescritibilidade da Constituição é irracional quando interpretada *teleologicamente* com o fim de assegurar “que nunca mais seja esquecido”. É contra todas as razões humanitárias, que justamente levaram o direito penal à prescritibilidade dos crimes.

Moreira Alves arremata que a Constituição não delega à lei ordinária tipificar o que bem entender por racismo. Deve dar uma *interpretação normativa coerente* sobre racismo, o qual não se confunde com *discriminação e preconceito*, que se dão em relação a sexo, idade, etc. Em resposta, o *Ministro Mauricio Corrêa* argumentou que os constituintes não votaram na cláusula de racismo tendo em mente um conceito antropológico, aliás, ultrapassado, pois as pesquisas com genoma humano demonstram que somos muito similares, quase “gêmeos”, portanto, o conceito biológico de raça não existe. O que se convencionou chamar de raça decorre de um processo político-social surgido pela pura intolerância, pela busca de supremacia entre povos e suposta superioridade, ao modo que ocorreu na Alemanha, na qual se instituiu um *Estado racial*, em que se atribuía aos judeus características negativas. Diferente de outros tempos, na Europa, em que bastava a conversão ao catolicismo. Pouco importa as características dos judeus, mas sim o *racismo*, quem o promove e discrimina como uma raça, incitando a segregação em face de um suposto valor negativo. É uma ideologia que pretende hierarquizar valores entre certos grupamentos humanos. Ellwanger teria realizado tal intento por meio da edição e publicação de seus livros, atentando contra os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, através de um *revisionismo* às avessas. O Brasil, como parte da comunidade internacional, assinou vários tratados de Direitos Humanos. Além disso, interpretar o dispositivo da Constituição restritivamente é negar a ordem jurídica que concebeu a positivação dos *direitos fundamentais*.

Marco Aurélio discorda, pois no direito comparado crimes imprescritíveis não abrangem o racismo, mas outros de maior gravidade, como o genocídio, por exemplo.

- *Debate sobre interpretação e pertinência*

A seguir, *Moreira Alves* sugere um debate mais centrado no que é o racismo. Parte de um pensamento consequencialista: a lei infraconstitucional tipificaria várias condutas discriminatórias e se se ampliar o conceito de racismo, esse passaria a ter um *conteúdo aberto* para um crime que é imprescritível. Assim, para *Moreira Alves*, a discriminação é gênero, do

qual o racismo deveria ser espécie pela gravidade⁸³ do crime, não pela pena, mas pela imprescritibilidade. Dever-se-ia restringi-lo ao conceito histórico brasileiro, que é a do racismo contra a população negra. Nesta mesma linha adere *Marco Aurélio*. Por consequência, levanta o problema de *pertinência* no confronto entre o artigo 5º XLII, citado acima, e o inciso XLI que diz: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Para *Nelson Jobim* uma definição deve descrever algo no mundo. Há palavras que são apenas regras ou expressões para captar fenômenos sociais de comportamentos, e não fatos e coisas, e é o que ocorre com o significado de *racismo*. Portanto, não se devem inventar coisas no mundo para dar significado às palavras.

Marco Aurélio sugere que *preconceito* todos temos, pois trata-se de uma opinião prévia, sem ponderação sobre um fato, que é desenvolvida com base em experiências ou ideais. Já a discriminação é condenável porque significa apartar, segregar sem fundamentos. O preconceito fica no âmbito do pensamento e ninguém sofre com isso, só quando posto em prática gerando discriminação.

- *Novamente, debate sobre qualificação de fatos*

Neste ponto, o Ministro *Sepúlveda Pertence* coloca a questão: seria o livro uma forma de incitação? Aqui volvemos para um aparente problema de *prova*, mas que em verdade é o de *qualificação de fatos*.

O Ministro *Celso de Mello* entende que as publicações de Ellwanger extrapolaram os limites de uma indagação científica e de pesquisa histórica, passando a configurar insulto, ofensa e estímulo à intolerância e ódio público, não merecendo proteção Constitucional da *liberdade de expressão*.

Para *Gilmar Mendes* um livro pode ser instrumento de crime. A ideologia racista comportaria três condições: i) que a humanidade está dividida em raças; ii) que as raças se caracterizam por serem superiores e inferiores; iii) que as superiores tem o direito de dominar as inferiores. Um livro, neste sentido, seria capaz de funcionar como instrumento de crime.

- *Debate sobre pertinência*

O Ministro *Ayres Brito* traz o problema da *pertinência* entre *liberdade de expressão*,

⁸³ CESAR, Pedro Navarro. **O Modelo Dedutivo na Teoria do Raciocínio Jurídico de Neil MacCormick**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. orientador: Antonio Carlos Cavalcanti Maia. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2006. Disponível em <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/9556/9556_1.PDF> Acessado em 26 de setembro de 2013. p 69. Para Cesar: “(...) partir da consequencia normativa para justificar uma decisão judicial contraria as exigências constitucionais e está em desacordo com o dever dos juízes de julgar os casos concretos com base em regras jurídicas válidas”.

crime de racismo e direitos da dignidade da pessoa. Pondera que induzimento e incitação são formas práticas. Um livro exprime um pensamento, portanto uma reflexão, não é uma prática. Está no domínio da vida pensada, não da vida vivida. Expressar o pensamento é diferente de exprimi-lo para incitar e induzir. A Constituição prevê em seu artigo VIII: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (...)”, assim estaria afastada a abusividade do exercício de manifestação do pensamento.

O Ministro *Marco Aurélio*, na mesma direção, entende que deve prevalecer a *liberdade de expressão*, pois como a história dos judeus demonstra, a não publicidade, a falta de acompanhamento público levam a situações escabrosas como o holocausto. É a transparência, e não a sua falta, que serve de freio, evitando o abuso de paixões deploráveis. A liberdade de expressão deve possuir uma dimensão social. A limitação de conteúdos é censurar a partir da maioria, ao modo dos Estados totalitários. A censura só deve ocorrer quanto à *forma de expressão*. Seria racismo se o réu promovesse panfletagem e o uso de meios violentos e arbitrários. É temerária a restrição da publicação e edição de livros somente em termos de expectativas abstratas ou em receios pessoais dissociados de um contexto concreto.

Para *Carlos Velloso*, o livro tem caráter *panfletário*, ideológico, preconizando tratamento hostil e incidindo as condutas típicas, existindo um juízo de reprovabilidade compatível com os valores que a própria Constituição quer resguardar. Contudo, para *Marco Aurélio*, a defesa de uma ideologia não é crime e não pode ser apenada. O fato de se escrever um livro e alguns concordarem com seu teor não causará uma revolução, eventualmente alguns casos isolados de abuso. Diferentemente seria um contexto em que a publicação, não por si mesma, mas por existir um ambiente propício para tanto, pudesse causar uma disposição geral à intolerância.

Celso de Mello entende não ser cabível processo hermenêutico que comprometa a força normativa da Constituição, expondo sua autoridade, subtraindo os valores da dignidade da pessoa humana e igualdade, tornando-a sem consequências e significação.

Nelson Jobim entende que a igualdade é condição para a democracia e quaisquer opiniões de racismo não comunicam ideias que tenham compromisso com essa, não estando protegidas condutas anti-igualitárias.

Para *Sepúlveda Pertence*, a *liberdade de expressão* se exaure no momento de sua realização, exteriorização, sendo que isso nada tem a ver com qualquer imunidade da responsabilidade civil ou penal, salvo as excludentes do artigo 5º, VIII.

- *Debate sobre coesão*

Ayres Brito entende cabível o *habeas corpus* de ofício, pois os fatos ocorreram antes da alteração da lei nº 8081/90, em que o uso de mídias sociais para prática discriminatória não era previsto, portanto, trata-se de obedecer ao comando constitucional que não permite que lei posterior sirva como base de penalização, mesmo porque a publicação de livros não é tipo de *crime permanente*.

- *Debate sobre prova*

O Ministro Ayres Brito sugere, ainda, que o crime é atípico. Segundo o Ministro, após a leitura dos livros do *paciente*, não verificou conduta de induzimento ao racismo. O que o autor do livro sugere é um revisionismo histórico, altamente ideologizado, não sendo contrário ao judaísmo, mas ao *sionismo*.

Para Carlos Velloso, o livro tem caráter *panfletário*, ideológico, preconizando tratamento hostil. Cezar Peluso cita o comportamento sistemático reprovável.

Marco Aurélio diz que editora do *paciente* publica outras obras, não apenas de conteúdo ideológico anti-sionista. O Ministro Carlos Britto argumenta que as obras não são contra os judeus, mas contra o sionismo, movimento ideológico fundamentalista, racial e sectário. O livro do *paciente* versa sobre relações jurídicas entre povos e estados soberanos, portanto tem conotação política. Para Nelson Jobim são condutas, para Carlos Britto livros.

- *Argumentações consequencialistas*

Moreira Alves entende que não se pode ampliar o conceito de racismo sob pena de termos um conteúdo aberto. Em defesa da denegação do *habeas corpus*, Celso de Mello sugere que os fatos históricos demonstram a importância da manutenção das conquistas das liberdades fundamentais.

Já Marco Aurélio questiona o fato de que vários autores falecidos continuam a ser reeditados, sendo que muitos com conteúdo racistas. Caberia, portanto, ao judiciário exterminar tais fontes de conhecimento? Sendo o crime imprescritível, as editoras que continuam a publicar seriam as responsáveis solidárias?

Esses foram os excertos principais que acreditamos pertinentes para demonstrar a questão prática enunciada sobre os problemas relacionados à justificação nas decisões judiciais trazidas por MACCORMICK. Em resumo as teses levantadas por cada tema são:

A – Justificação de Segunda Ordem:

A1 – Problema de Interpretação:

(i) *O racismo é a discriminação em termos de raças, a partir de contexto político social, que visa hierarquizar valores entre pessoas. (tese prevalente).*

(ii) *O racismo deve ser lido dentro de um contexto histórico brasileiro e se refere à*

discriminação contra o negro, não se devendo alargar tal conceito haja vista o problema da imprescritibilidade. (tese vencida);

A2 – Problema de Pertinência:

(i) O princípio da Liberdade de Expressão não é incondicional, não constituindo salvaguarda para condutas ilícitas. A Dignidade da Pessoa Humana e a Igualdade tem prevalência sobre aquele, pois estão na base estruturante do Estado Democrático. Condutas anti-igualitárias não estão protegidas. Racismo é o mesmo que discriminação. (tese prevalente).

(ii) O princípio da Liberdade de Expressão representa a transparência necessária para o refreio de paixões. Não se pode censurar a partir do pensamento da maioria, ao modo dos Estados totalitários, que pela falta dessa liberdade permitiu toda uma série de horrores. Reflexão, ainda que ideologizada, é diferente de ação. Racismo é espécie do gênero discriminação. (tese vencida).

A3 – Problema de Qualificação dos Fatos:

(i) Os judeus não são uma raça, pois raças comprovadamente não existem. Assim, quando se fala em raças, pretende-se discriminar em termos sociais e políticos. Quem discrimina pejorativamente em raças comete o crime de racismo. A Constituição não possui uma letra morta, portanto o fato de não existirem raças não implica que o crime não exista. A imprescritibilidade do crime representa o nexo entre essa e o “apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento” (tese prevalente).

(ii) Raça é um conceito antropológico em que se diferenciam as raças caucasianas, negróides e asiáticas. A Constituição refere-se ao racismo especificamente à raça negra. Pela gravidade do crime e sua imprescritibilidade, esse é o sentido que deve ser entendido o crime de racismo, dentro de uma interpretação histórico restritiva e não aberta. Em termos do direito comparado, somente crimes mais graves são imprescritíveis. (tese vencida).

A4 – Problema de Coerência Normativa:

(i) A Lei n° 7716/89 tipifica as condutas do crime de racismo previsto na Constituição. Essa é congruente com o artigo 5°, incisos XLI, XLII, bem como com os tratados internacionais de que o Brasil faz parte. (tese prevalente).

(ii) A Lei n° 7716/89 tipifica várias condutas discriminatórias. Ela é congruente com o artigo 5°, inciso XLII (das discriminações), o qual é diferente do artigo 5°, incisos XLI (do racismo). Também encontra congruência com os artigos VIII, que emprestam atipicidade as condutas da lei naqueles casos. (tese vencida).

A5 – Problema de Coesão:

(i) A conduta é reiterada e imprescritível. Não cabe revolver provas que couberam as

instâncias que julgaram, até porque não estão no processo de habeas corpus, muito menos são objeto da causa de pedir deste. (tese prevalente).

(ii) A conduta se deu antes da alteração da lei que tipificou o crime. Portanto, deve-se conceder habeas corpus de ofício, pois ninguém pode responder por um crime sem lei anterior que o preveja, conforme determina a Constituição. As provas nos autos são suficientes para tal inferência. (tese vencida).

B – Justificação por Dedução:

B2 – Problema de Prova⁸⁴:

(i) Os livros funcionaram como instrumento do crime. Têm caráter ideológico anti-semita e panfletário. Buscam um revisionismo histórico, tendo por objetivo, ao expressar suas ideias, a incitação discriminatória. (tese prevalente).

(ii) Os livros não são instrumentos de um crime. Propagar uma ideologia não implica em apenamento. No caso, sugeriu-se um revisionismo histórico que, apesar da ideologizado, faz reflexão sobre o sionismo, portanto dentro do campo da política em que a liberdade de pensamento é amplamente garantida pela Constituição Federal, inclusive em seus abusos. (tese vencida).

C – Proposição

Direitos fundamentais não são absolutos e devem ser ponderados à vista da consecução dos objetivos de um Estado Democrático que se estrutura no princípio da igualdade.

2.3 É POSSÍVEL UMA TEORIA DE CAUSA MORTE POR COBRA VENENOSA?

Diz a história que muitos e muitos anos atrás vivia uma rainha num reino distante, chamado Egito. Cleópatra era seu nome; e tantas fez que a vida se lhe tornou insuportável, e com uma cobra se suicidou. De lá até nossos dias, muitas foram às mordidas nos filhos e filhas de Eva, e muita gente briosa morreu.

HUME⁸⁵ sugere que a mente se divide em dois tipos de fenômenos: *impressões*, que são captadas diretamente da realidade, e *ideias*, que são cópias de nossas *impressões*. Ocorre que certas *ideias* não são apoiadas por nossas *impressões*. A partir dessa questão, HUME diz existir dois tipos de raciocínios: os *demonstrativos*, em que a verdade ou falsidade é autoevidente, assim como $2+2=4$ e não 5, e os raciocínios *prováveis*, que não são

⁸⁴ Nota do autor: numa *justificação por dedução* o problema da prova parece mais afeito a sua existência ou não. Aqui nos assemelha uma questão de qualificação do livro como prova ou não (instrumento de um crime). Assim, nos toa mais correto falarmos em *justificação de segunda ordem*. De todo modo, mantivemos o esquema ao modo proposto por MACCORMICK.

⁸⁵ BUCKINGHAM, Will et al. **O Livro da Filosofia**. Trad. Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011. p 148-153.

autoevidentes. Se digo que a cobra está no cesto, apenas abrindo-o é que poderei saber a verdade ou falsidade. Portanto, é um raciocínio que exige algum tipo de experimento para que se possa comprová-lo. O problema está quando nem um nem outro raciocínio é possível. Assim não se pode saber sua verdade ou falsidade, pois esse não tem significado. No pensamento indutivo vivemos este tipo de dilema.

Cleópatra foi mordida por uma cobra venenosa e veio a falecer. A partir desse caso particular passo a uma regra geral de que pessoas mordidas por cobras venenosas virão a falecer. Ora, isso não é um *raciocínio demonstrativo*, pois é possível alegar o oposto, que Cleópatra não morreu necessariamente em função da mordida da cobra, ou que nem todas as pessoas mordidas por cobras venenosas morrem. Também não é um *raciocínio provável*, pois não posso *experimentalmente* todos os eventos “mordidas de cobra venenosa”, os quais me levariam a constatar que “as pessoas morrem” em função delas.

Nossa experiência é limitada e não é um fundamento racional acreditar que toda mordida de cobra venenosa leva a morte. Mas o que justifica fazermos esse nexos? Para HUME é a *natureza humana*, que tem por *hábito* interpretar a uniformidade em regularidades como um nexos causal, uma *conjunção constante de eventos*. Isso nos leva a conceber tais eventos como naturais, quando na verdade não o são. E essa é uma crítica ao racionalismo que trabalha em função de crenças, pois uma experiência vivida se relaciona a uma impressão presente, que embora possa servir de guia, não passa de um *hábito mental* que nos leva muitas vezes a cometer certas falácias. Todo evento possui uma potencial causa. Tal causa é sempre particular e sua ação gera um evento particular. Não existem eventos em geral com causas em geral. A isto chamamos de “causalismo”. Na medida em que descobrimos um rol de causas e efeitos do evento, poderemos estabelecer uma generalização indutiva. Não obstante, para o “causalismo”, não se deve esperar que uma causa gere um efeito necessariamente. A noção de causa, ainda que siga certa regularidade, é apenas um dado probabilístico.

MACCORMICK⁸⁶ explica que podemos ver uma cobra morder Cleópatra e ela morrer, mas não podemos afirmar que morreu por *causa* da mordida da cobra e, por isso, não podemos supor que toda mordida cause a morte. Assim, HUME está correto em declarar que a *causalidade* não é parte intrínseca do mundo perceptível. É meramente uma categoria explanatória. Portanto, seria razoável aplicar tal categoria?

Para MACCORMICK sim, desde que as generalizações dos efeitos para as causas

⁸⁶ MACCORMICK, Neil. **Particulars and Universals**. In *The Universal and Particular in Legal Reasoning*. Editado por Zenon Bankowski e James Maclean. Aldershot: Ashgate Publishing Ltd., 2006. p 17-18.

sejam irrefutáveis. Ele adota o posicionamento de POPPER⁸⁷ para explicar a possibilidade de *universalização* de determinada generalização. Aclaremos: se de um lado o pensamento indutivo gera mera *probabilidade*, uma vez que não posso afirmar com certeza que toda mordida de cobra venenosa leva à morte, de outro, o pensamento dedutivo sempre é passível de problemas. Por exemplo, no silogismo: “Se uma cobra me morde então morro”, “uma cobra me mordeu”, logo “morro”. Apesar de ser válido o argumento, ele não é sólido, pois a premissa maior é falsa uma vez que ela não é válida em todos os mundos: uma cobra pode não ser venenosa e por isso não morrerá devido à mordida ou ela pode até ser venenosa, mas o veneno inoculado é insuficiente para causar morte.

Um silogismo mais consistente seria “Se uma quantidade X de veneno derivada de uma mordida de cobra me for inoculada, então morro”, “uma quantidade X de veneno me foi inoculada por mordida de cobra”, logo “morro”. De todo modo, ainda assim tal premissa não passa de uma teoria, e não é uma teoria sobre a mordida da cobra venenosa que causa a morte, mas sim da quantidade de veneno. Porém, o que permite *conceitualizar* a morte de Cleópatra, segundo MACCORMICK, é a mordida da cobra venenosa como premissa menor e a *hipótese* da teoria do veneno da cobra, como premissa maior, que leva a morte. Assim, qualquer *hipótese* explanatória deve ser parte de uma teoria geral coerente e, para que seja *ciência*, não importa provar o fato, mas ser suscetível de ser testável na realidade. Portanto, a teoria deve estar sujeita a falsificabilidade, a refutabilidade. Na medida em que resiste a testes repetitivos, pode-se dizer que será tanto mais segura.

Para MACCORMICK, a racionalidade de um sistema de precedentes depende que a justificação normativa seja *universalizável*, seja repetível para casos futuros. A repetibilidade de uma justificação trabalha na perspectiva das causas aparentes e efeitos, portanto, nesses termos, é bem possível uma teoria de causa morte por cobra venenosa.

2.4 COMENTÁRIOS CRÍTICOS À TEORIA DE NEIL MACCORMICK

Entre a obra *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* e o livro *Retórica e o Estado de Direito*⁸⁸ passaram-se quase três décadas. Neste último, MACCORMICK desenvolve sua *teoria institucional*. Para ele “o Direito é uma ordem normativa institucional”⁸⁹. A *ordem* se refere ao Direito como algo organizado, sistematizado em sua

⁸⁷ BUCKINGHAM, Will e outros. **Op. Cit.** p 262-265.

⁸⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

⁸⁹ *Ibidem*. p 3.

natureza própria. O *sistema jurídico* seria algo ideal, mas que pertenceria ao mundo real na medida em que uma ordem legal efetivamente existe, ainda que imperfeita.

Quanto à ideia de *institucionalização*, essa alude aos indivíduos, circunstâncias e formalidades, significando a existência de um espaço de poderes institucionalizados que se contrapõe a falta de ordem e a informalidade. Com a institucionalização teremos a predisposição dos indivíduos para compreensão das normas, e expectativas que outros se comportem segundo essas. Isso determina certo ordenamento da conduta, na medida em que todos consideram o sistema como dotado de força.

Tal consideração não se dá a toa. Exige-se certa razoabilidade de razões que a ordem institucional deve promover. Para tanto, há uma necessidade de interpretação e adaptação a problemas práticos, de forma contínua. Isto significa que bons argumentos devem ser a base das decisões de maneira a garantir a manutenção de determinados valores sociais e morais, permitindo certa paz e previsibilidade. *Bons argumentos* não são sinônimos de *demonstração*, mas de *persuasão*, teleologicamente construídos para respeitar o Estado de Direito.

Portanto, trata-se de um compromisso mínimo com a justiça formal, da “*validity thesis*”⁹⁰, desviando-se dessa apenas quando o novo caso tiver algo *relevante* que o distinga do *caso exemplar*. É uma aplicação compromissada com a *ética do legalismo* (ethics of legalism)⁹¹.

A *ética do legalismo*⁹² é uma instância da política legal em que os problemas de regulação legal e de controvérsias devem ser conduzidos, sempre que possível, de acordo com regras pré-estabelecidas. Essas devem ser *gerais* e *claras*, possuindo certa fixidez no tempo.

Quando diante de um caso com problemas de qualificação, por exemplo, em que não existam outros exemplares, a partir das *deliberações* das partes, o julgador fará uma análise, inclusive consequencialista, e irá considerar qual das teses propostas é passível de universalização para casos futuros, “*normative provisions*”. Toda *deliberação* adotada deve ser falsificável, ou seja, passível de ser refutada. Portanto, uma *deliberação universal*, tal qual uma hipótese científica, pode ser verdadeira ou falsa, implicando na possibilidade desta ser testável.

O Direito é um evento interpretativo, por isso não é possível uma certeza absoluta,

⁹⁰ CESAR, Pedro Navarro. **O Modelo Dedutivo na Teoria do Raciocínio Jurídico de Neil MacCormick**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. orientador: Antonio Carlos Cavalcanti Maia. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2006. Disponível em <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/9556/9556_1.PDF> Acessado em 26 de setembro de 2013.

⁹¹ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005. p 2. *apud* CESAR, Pedro Navarro. **Op. Cit.** p 21. Para MACCORMICK o direito é instrumento de uma justiça utilitária para trazer segurança e assim proporcionar satisfação social.

⁹² MACCORMICK, Neil. **The Ethics of Legalism**. Ratio Juris, vol 2, n °2, julho 1989, p 184.

mas apenas uma “*defeasible certainty*”⁹³, *certeza superável*. Isso ocorre porque no conceito de Estado Democrático deve estar implícita a possibilidade de defender-se, ou seja, devem existir os *direitos de defesa*, “*rights of defense*”. Sua dinamicidade explicaria porque o Direito tem problemas de ordem argumentativa e não é possível um Estado Democrático construído numa justiça formal pura.

MACCORMICK recebe algumas críticas em relação à proposta da *universalização* das decisões judiciais. A primeira, diz CESAR⁹⁴, respeita a impossibilidade de uma deliberação de um *caso exemplar* tornar-se uma hipótese plausível de verificabilidade. Ora, se o *caso exemplar* é uma *universalização* para outros casos futuros, o juiz *cria* um direito. Trata-se, portanto, de uma *diretiva*. Se falo: “é proibido fumar”, não se discute se isso é verdade ou falsidade. Um debate desse só ocorre num discurso descritivo. Uma *hipótese* é um discurso descritivo. Quando falo que ao “lançar uma bola do alto de um edifício, essa irá ao encontro da terra por conta da força gravitacional”, estou na verdade criando uma hipótese que pode ser verdadeira ou falsa sobre a tese da *força gravitacional*. A solução para esse impasse seria admitir que qualquer diretiva deve ser entendida em dois aspectos: descritivo e prescritivo.

Os *atos operativos* representam a parte descritiva, passível de verificação, enquanto a parte prescritiva determina as consequências do ato. Assim, podemos ter uma norma do tipo (Lei 9294/96, art. 2º e 9º) : “É proibido o uso de cigarros (...) derivado ou não do tabaco, em recinto coletivo fechado, privado ou público” (descritivo), “Aplicam-se ao infrator desta Lei, sem prejuízo de outras penalidades previstas na legislação em vigor, (...) as seguintes sanções: I - advertência; II - suspensão (...)”, etc (prescritivo). No caso poder-se-ia discutir o que é recinto fechado, quais produtos a proibição alcança, dentre outras possibilidades, que são passíveis de testar a falsificabilidade.

Outra crítica a conceitos de universalização, não apenas de *casos exemplares*, mas inclusive da lei, é o *processo* de *reificação* normativa e das consequências legais, feita por HAGE⁹⁵. No caso Ellwanger, discutido anteriormente, podemos partir de uma *tomada de decisão* que seria do tipo: “Nós *creditaremos* a conduta do acusado como racista?” - (orientada para o futuro); e podemos facilmente reificá-la, tornando a questão voltada para o passado: “Ele cometeu racismo?”.

Enquanto na primeira pergunta temos uma *tomada de decisão* (possibilidade) em

⁹³ CESAR, Pedro Navarro. **Op. Cit.** p 25.

⁹⁴ CESAR, Pedro Navarro. **Op. Cit.** p 85.

⁹⁵ HAGE, Jaap. **Legal Reasoning and the Construction of Law**. i-lex, julho, nº16, 2012, pp. 81-105. Disponível em <www.i-lex.it> Acessado em 21 de setembro de 2013.

relação a uma pessoa (se se creditará a ela uma dada conduta), na segunda discute-se sobre um fato que pode ser aplicável a qualquer um, portanto discute-se sobre uma *posição legal*.

Nesse ultimo caso gera-se uma expectativa de comportamentos sobre a lei ou casos exemplares. Contudo, ocorre uma confusão entre natureza do direito e a operação legal das regras. Cria-se uma ilusão de que as regras se aplicam automaticamente, bastando um silogismo. Não obstante, a lei se aplica a *argumentos atuais* e não passados, portanto as consequências não poderiam já estar ali previstas. Nesse sentido, uma decisão será sempre *particularista*, pois as consequências são construídas em cada caso.

A ilusão está em acreditar que a natureza do direito consiste em regras autoaplicáveis entre um caso concreto e uma consequência legal prevista, e que as decisões judiciais implicam em reconstruir tais consequências, e não efetivamente construí-las para o caso. Isto não pode ser plausível na medida em que o julgador se vê obrigado a qualificar um caso em que as leis e *casos exemplares* são meras ferramentas para se extrair uma decisão e suas consequências. Logo, implica que o fato de uma decisão ser semelhante, ou até mesmo idêntica à outra, é mera coincidência e não uma aplicação automática entre lei e fato concreto, do contrário não teríamos uma decisão, mas simples repetição de decisões anteriores.

A resposta de MACCORMICK⁹⁶ a esta questão parece estar na necessária diferenciação entre *motivos*, *razões explicativas* e *justificadoras*. Para ele a *motivação* não precisa de *universalização*. Diferente das *razões explicativas* que exigem *generalização*, e das *razões justificadoras* que não existem se não forem *universalizadas*. Um exemplo discutido está no final do item 2.2 desse trabalho. Os motivos para julgar num sentido ou noutro podem ser bastante particulares, acompanhando a configuração fática peculiar de cada caso: as causas são sempre particulares. “Eventos em geral não possuem causas em geral”⁹⁷.

Diferentemente, as *razões explicativas* carregam em si uma *gama de possibilidades*, por isso é uma generalização. Já as *razões justificadoras* necessariamente são *universais e superáveis*, uma vez que se trata de uma propriedade lógica e não quantitativa.

Esta diferenciação não parece resolver a questão da *reificação*. No entanto, MACCORMICK, acedendo a um posicionamento *realista* diz:

Direitos somente existem quando voluntariamente respeitados ou judicialmente efetivados na falta de obediência voluntária. Não há nenhuma outra maneira para falar sobre direitos. [...] Você pode se sentir tão seguro quanto quiser num contexto de algum arranjo ou vantagem jurídica, mas sua segurança última se encontra na efetivação judicial e nada mais. O que as cortes de fato concederão a você é a soma

⁹⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p 126-132.

⁹⁷ Ibidem. p 126.

total de seu patrimônio ou agregado de direitos; você pode pensar ou desejar ter mais, mas tais pensamentos e desejos são excepcionais (defeasible) [...]. A exceção (defeasance) ocorre quando uma corte frustra as expectativas, como as cortes sempre são capazes de fazer.⁹⁸

Se nisso tudo há fatores objetivos, completa MACCORMICK⁹⁹, esses são mediados pela subjetividade judicial. Portanto, uma argumentação racional não é demonstrativa, “não equivale a uma demonstração lógica da correção do resultado alcançado à luz de premissas jurídicas e factuais incontroversas”¹⁰⁰.

Isto significa que se trata de uma argumentação persuasiva, retórica. Nesse sentido, toda justificativa é passível de argumentações contrárias, desde que razoáveis. Essa razoabilidade tem seu limite dentro da retórica legítima. Mas o que é retórica legítima?

Um Estado de Direito corresponde a uma ordem normativa institucionalizada, portanto, é aceitável a adesão a um *Positivismo Ético*¹⁰¹ (Ethical Positivism), na medida em que esse procure estabelecer, tanto quanto possível, uma determinação da lei, diminuindo a um mínimo razoável toda e qualquer interpretação.

Não obstante, tal justificativa não se circunscreve à ordem normativa institucionalizada. No limite, toda ordem normativa formal deriva de uma ordem informal, na qual existe um consenso compartilhado da necessidade normativa, derivando daí sua autoridade. Isto significa que se se deseja um Estado de Direito, um recurso retórico só é legítimo na medida em que vise a isto. Nesse contexto, o problema da *reificação* não se resolve, pois é de ordem lógica, e o que MACCORMICK¹⁰² parece querer demonstrar é que tal litígio se soluciona ao nível do discurso, pois exige reflexão de nosso próprio modo de vida e do Estado de Direito.

⁹⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p 321.

⁹⁹ Ibidem. p 322.

¹⁰⁰ Ibidem. p 361.

¹⁰¹ MACCORMICK, Neil. **Ethical Positivism and the Practical Force of Rules**. In Judicial Power, Democracy and Legal Positivism. Organizado por Campbell T. e Goldsworthy J. Aldershot: Dartmouth, 2000. p 39.

¹⁰² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito** loc. cit. p 362

3. DO PARTICULARISMO NAS DECISÕES JUDICIAIS

As concepções de *particularismo* e *universalismo* são tomadas em termos de objeto e processo. O objeto é o resultado material da decisão que se apresenta em termos de sentenças, acórdãos e decisões monocráticas. O processo é o “caminho” que se faz para chegar a uma decisão. Em geral, vincula-se a ideia de *segurança jurídica*¹⁰³ a univocidade de decisões que são espelhadas em objetos assemelhados, a partir de fatos que tem hipóteses previstas em lei. Nesse sentido, um suposto *universalismo* decisional é um resultado esperado sobre o objeto. MACCORMICK sugere, de outro modo, que o *universalismo* é uma construção no processo de decisão, inserindo regras de “racionalidade” e “imparcialidade” de forma a fazer valer os valores da justiça formal com justificativas iguais para casos assemelhados.

Feito este pequeno resumo, precisamos retomar nesse ponto as contestações filosóficas que se fazem a qualquer possibilidade de *universalismo* nas decisões judiciais, seja em termos de objeto ou de processo.

As concepções de *particular* e *particularismo*, conforme desenvolvido em nossas discussões, foram explicitadas sobre fundamentos diversos. Contudo, estão ligados intrinsecamente. Se o *particularismo* está para a decisão como *singularidade* de objeto ou processo, o *particular* representa a impossibilidade essencial do conhecimento na medida em que o processo decisional se forma sobre elementos dispersos: de fatos particulares; de leis, cuja linguagem natural leva a compreensões diversas; de motivadores irracionais da idiossincrasia do julgador, entre outros.

A percepção que o Direito - por suas leis, como no *civil law*, ou por seus precedentes, como no *common law* - não garantia qualquer tipo de certeza, uma vez que está baseado em categorias metafísicas, com linguagem insuficiente, primando por um formalismo autodirigido, fez surgir a escola do *realismo jurídico*, cujo foco não está num Direito universalizante, mas instrumental à demanda social, respondendo *particularmente* ao fato.

3.1 AS CONCEPÇÕES DO REALISMO JURÍDICO

O *realismo jurídico* surge como crítico ao pensamento *formalista*¹⁰⁴ que toma a lei como sua fonte singular, exalta os valores da segurança e crê numa linguagem lógico-formal

¹⁰³ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência - Um enfoque filosófico-jurídico**. São. Paulo: Ltr, 1996. p 10. O autor afirma que *Segurança* é algo dado *a priori*, objetivo, que vem das leis promulgadas pelo Estado. É diferente de *Certeza do Direito*, que se vincula a um valor, na previsibilidade das leis que faz com que os cidadãos se conduzam eticamente.

¹⁰⁴ WARAT, Alberto Luis. **Op. Cit.** p 56.

que permitiria uma univocidade de decisões obtidas a partir de um silogismo demonstrativo. O *realismo jurídico* é cético em relação a todas as construções que o *formalismo* pretende erigir em torno de uma suposta legalidade fetichista, que tolhe as soluções *reais* por conta das valorações metafísicas^{105 106 107} e assujeitamentos ideológicos à lei, senhora de uma razão, tal qual se um gênio espectral ali remanescesse.

WARAT explica que para o *realismo jurídico* “a lei é só um álibi que permite encobrir tecnicamente os juízos subjetivos de valor do juiz”¹⁰⁸, ou seja, é uma forma de justificação pretensamente racional para componentes absolutamente irracionais. Por isso, não importa o que as normas dizem, como explana WARAT, mas o que os juízes afirmam sobre essas. As *teorias jurídicas* são construções de mundos irreais. Não devemos ter a ilusão que o conjunto de normas seja o Direito¹⁰⁹. Segundo FERREIRA, o *realismo deve* “voltar-se para a descoberta social do Direito, sem preocupações axiológicas (realismo escandinavo) ou para apuração de fundo psicológico das decisões judiciais (realismo norte americano)”. As decisões judiciais são eleitas “como os fatos que servem de base para as afirmações científicas (...) o realismo jurídico busca a realidade efetiva sobre a qual se apoia o Direito, isto é, o

¹⁰⁵ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. trad. Edson L.M. Bini. Bauru: Edipro, 2000. p 204 -205. Não se deve confundir o uso de conceitos de natureza metafísica com a *técnica de apresentação* de organização de plúrimas normas. Por uma questão de facilidade de sistematização várias normas do tipo *norma A = fato condicionante A, consequência jurídica A, norma B= fato condicionante B, consequência jurídica B, etc.* tem em comum uma conexão que as interliga de forma que as condicionantes disjuntivas podem se ligar a uma pluralidade de consequências acumulativas. Por exemplo, a transmissão e distribuição de *coisas* de uma pessoa falecida se dá mediante a *sucessão*. A *herança* é esse conjunto de *coisas* do falecido que será transmitida. Aplicando este exemplo temos: *condição 1*: Uma doação em vida para um herdeiro implica – *consequência 1* - que quando o *doador* falecer, o herdeiro necessário que recebeu a doação não poderá exigir para si bens do *de cujus* em igualdade de condições, pois já lhe foi adiantado bens a que teria direito, dependendo da condição da sucessão. *Condição 2*: *celebrar um contrato de locação de imóvel que será recebido após a morte de A, implica – consequência 2 - em nulidade desse contrato*. *Condição 3*: *se A faleceu e se obrigou a entregar o objeto C, - consequência 3, então quem receber qualquer coisa pela morte de A deve cumprir a obrigação de entregar o objeto C*. Observando todas as diferentes condições acima, verificamos um ponto de conexão chamado *herança*, o qual irradia uma série de efeitos próprios. Alguém pode celebrar um contrato de compra e venda na condição de A morrer, por exemplo, mas não poderá celebrar se a compra e venda se referir a um imóvel decorrente da *herança* de A. Se alguém morrer não sou obrigado por suas promessas, mas se receber herança dessa pessoa, então me obrigo. Trata-se de uma forma de sistematização de um determinado instituto para melhor estudá-lo e compreendê-lo. Para ROSS, o que chamamos de *direitos*, é na verdade um *instrumento técnico de apresentação*, um *conceito conectivo*. Os direitos não tem um valor subjetivo, como se fosse uma entidade em que ocorrendo certos fatos operativos levam a determinadas consequências. Os direitos não são entidades singulares e indivisíveis que devem existir para um sujeito em específico, isso é um conceito metafísico.

¹⁰⁶ ROSS, Alf. **Tû-Tû**. Trad. Edson L.M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

¹⁰⁷ ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. 3º Ed. México: Distribuciones Fontamara S.A., 1997. p 73. A crítica de ROSS a conceitos metafísicos se dá quando se pretende uma discussão axiológica sobre determinado termo: “*Las preguntas del tipo “Qué es...” no pertenecen al ámbito del análisis lógico. Pueden ser adecuadas para una descripción de un objeto al cual se refiere una palabra cuyo significado está fuera de toda duda. Podemos preguntar por ejemplo “Qué es el agua?” o “Que es la pólvora?” cuando es claro lo que queremos decir con “agua” y “pólvora”. La respuesta a estas preguntas tiene el carácter no de una definición sino de enunciados descriptivos. Pero las preguntas de este tipo no son adecuadas cuando lo que se busca es precisamente establecer el sentido de una expresión, por ejemplo, el sentido en cual la expresión se utiliza realmente o el que se le puede atribuir lógicamente, aun cuando solo sea vagamente aprehensible en su uso real (...) nuestros conceptos no son ideas innatas, reflexiones acerca de la “essência” de las cosas, sino herramientas forjadas por nosotros para describir la realidad*”.

¹⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979. p 52.

¹⁰⁹ FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. **Realismo Jurídico**. In Dicionário de Filosofia do Direito. Org. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. p 700.

Direito real, que é aquele adotado pelos tribunais, ao decidir o caso concreto”¹¹⁰.

3.2 AS ESCOLAS REALISTAS

Para REALE é no *empirismo* que encontramos a base filosófica que ampara o *realismo jurídico*: “já em Roma se sustentava que o direito brota do fato e é ditado pelo envolver dos acontecimentos: *ex facto oritur jus*”¹¹¹. Atualmente, as principais escolas do *realismo jurídico* são a norte-americana e a escandinava. Numa síntese muitíssimo apertada, FERREIRA afirma que os expositores do realismo jurídico norte americano são KARL LLEWELLYN e JEROME FRANK, que tinham por referência a figura do juiz da Suprema Corte, OLIVER WENDELL HOLMES (1841-1935). Segundo BOBBIO¹¹², foi o primeiro juiz a rechaçar o tradicionalismo jurídico no sistema americano e a sugerir uma maior sensibilidade às mudanças sociais, que são inevitavelmente complexas.

O Direito só pode ser compreendido se tomar em consideração a realidade social subjacente, conforme explica FERREIRA¹¹³, não bastando o caráter lógico de adesão dos fatos à norma, mas sim os interesses sociais em conflito. Além disto, qualquer estudo que pretenda levar o Direito a sério não pode desconsiderar o caráter psicológico que as decisões carregam. Só assim é possível vaticinar seus resultados. Trata-se, como explica FERREIRA, de uma visão *pragmática* que a escola *norte americana* tem sobre o Direito, diferenciando o *law in books*¹¹⁴ do *law in action*, este último o verdadeiro Direito.

Antes do juiz se pronunciar é impossível ter certeza da sentença, pois a norma não é a única entidade a concorrer para sua decisão, muito embora possa também lhe orientar. Não se pode, desta feita, falar em *segurança jurídica* como medida *estática*, voltada para um valor axiológico de igualdade formal, mas *dinâmica*, direcionada à situação que se apresenta. Os fatos são singulares e qualquer tentativa de qualificá-los pode resultar em falácias. Por isso a norma é simplesmente justificante, pois ela se dá *a posteriori*. Não é a norma que incide sobre o fato, mas o fato qualificado pela convicção do julgador é quem incide sobre uma norma que ele escolhe. Não é incomum que o Ministério Público, por exemplo, represente denúncia

¹¹⁰ FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. **Realismo Jurídico**. loc cit. p 700.

¹¹¹ REALE. **Op. Cit.** 92.

¹¹² BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p 45-46

¹¹³ FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. **Op. Cit.** p 701.

¹¹⁴ HALPERIN, Jean Louis. **Law in Books and Law in Action: the problems of legal change**. Maine Law Review, v. 64, n. 1, p. 46, 2011. Tradução livre: “*Há 100 anos atrás, Roscoe Pound escreveu seu famoso artigo ‘Law in Books and Law in Action’. Considerado um importante passo para o realismo americano legal, esse artigo é hoje invocado muito mais por seu título do que conteúdo*”. O autor se refere em parte da dificuldade em entender a discrepância entre a doutrina dos livros e os dados empíricos sobre a lei.

sobre os tipos penais A e B, e o julgamento se dê com resolução sobre os tipos penais C e D. A compreensão do julgador sobre os fatos é diversa do denunciante, da vítima e do autor. Toda busca pela *certeza jurídica* é apenas uma busca de cunho psicológico, de reminiscência à infância, com o intuito de estabilidade, arremata FERREIRA.

No *realismo escandinavo*, com variadas correntes de pensamento, apresenta maior interesse para nosso estudo as reflexões de ALF ROSS. Sua abordagem está a meio caminho entre a escola norte-americana comportamentalista e o realismo psicológico de AXEL HÄGERSTROM^{115 116}. É importante frisar, como alerta FERREIRA¹¹⁷, que a Escandinávia, diferentemente dos Estados Unidos, aplica o *civil law*, possuindo um método de abordagem distinto do *realismo jurídico norte-americano*.

Para escola escandinava, no enfoque de ROSS, as normas dão apenas uma *probabilidade* de certeza. Além disto, qualquer concepção deve ter uma correspondência com a realidade social, pois a ciência do direito deve apontar para como as pessoas se comportam e não como deveriam se comportar. FERREIRA esclarece que a *validade* deixa de ser uma categoria independente da experiência. Tal dimensão é eliminada. Contudo, a *validade* ressurge na sua identificação com a *eficácia*, na medida em que persista a crença que os juízes são competentes para julgar e os parlamentares para criar leis. Sua normatividade e validade decorrem, portanto, da existência desta crença, que lhe empresta eficácia.

Assim, o direito vigente é apenas *diretivo*¹¹⁸ para o julgador. O uso das regras que integram um ordenamento não é consequência de sua força obrigatória ou de sua validade. Representam a mera *possibilidade* de serem utilizadas pelo juiz. Diferente do *realismo jurídico norte americano* que observa as decisões para certificar-se o que é o direito vigente, o *realismo jurídico escandinavo* vê o direito vigente como um conjunto de regras, mas que são aplicáveis porque são vivenciadas como obrigatórias e obedecidas desinteressadamente, conforme explica FERREIRA.

¹¹⁵ ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação à Edição Brasileira. In ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. p 13.

¹¹⁶ VOGEL, H.H e STRÖMHOLM, S. **Le “Réalisme Scandinave” dans la Philosophie du Droit**. volume XIX. Paris: Librairie Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1975. p 15. Tradução livre: “Axel Hägerström foi o fundador e personalidade dominante, não apenas da Escola de Uppsala, mas também da escola realista da filosofia do direito. Seus primeiros trabalhos com base na filosofia do direito surgiram entre 1916 e 1917. Eles tratavam de problemas que tinham uma ligação estreita com suas ideias sobre a teoria dos valores”.

¹¹⁷ FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. **Op. Cit.** p 702.

¹¹⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 189. Nota: Embora o Parlamento, ao criar a lei, dirija-a ao cidadão de forma direta, para interpretá-la deve-se considerar dirigida aos juízes e tribunais.

3.3 O DIREITO APLICADO E VALORADO

ROSS¹¹⁹ identifica três tipos de expressões linguísticas que são: *asserções*, *exclamações* e *diretivas*. Interessa-nos apenas as expressões linguísticas *diretivas*, pois essas são destituídas de significados representativos não se permitindo verificar sua falsidade ou verdade. As expressões *diretivas* tem a intenção de exercer influência e, portanto, são aquelas utilizadas nas regras de direito prescritivas de comportamentos. Até aqui não vemos muitas diferenças entre o pensamento de ROSS e KELSEN¹²⁰.

As diferenças começam a aparecer quando se discute o que vem a ser *direito vigente*. Para ilustrar ROSS¹²¹ sugere uma partida de xadrez. A compreensão do jogo passa por três tipos de percepções. A primeira é a de quem o desconhece: pode-se saber que se trata de uma partida de xadrez, ou apenas de um jogo. Como se joga é algo absolutamente desconhecido para o observador. A segunda percepção refere-se ao conhecimento das regras. Quem observa com esse nível de compreensão sabe que o *cavalo* se movimenta de forma irregular, o *bispo* na diagonal e assim por diante. Contudo, nesse grau de conhecimento se ignora as teorias sobre o jogo, eventualmente se pode prever algumas jogadas, mas muitas delas lhe serão enigmáticas, faltando-lhe compreensão por que o jogador não toma determinadas peças que parecem valiosas¹²². Na verdade ignora os problemas táticos do jogo. Por fim, a terceira percepção relaciona-se justamente com a compreensão da teoria e estratégia do jogo. Nesse nível de entendimento é muito mais provável a capacidade de previsão do comportamento alheio. O jogo ganha um sentido além dos meros movimentos de peças. Isso significa que uma partida de xadrez não é meramente causal – se A mexe o *peão X*, B deve mover uma peça que esteja em condições de tomá-lo – mas exige uma conexão ao nível dos jogadores que se estabelece por meio das *regras* e da *teoria* do xadrez. Significa que se A pretende ganhar o jogo ou apenas testar uma jogada, ou ainda perder o jogo (e por que não?) sua ação está condicionada às ações do outro jogador. Portanto não é algo que se faz sozinho, de forma

¹¹⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 28-34.

¹²⁰ ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. Loc. cit. p 19-21. Para ROSS, KELSEN é um quase-positivista. Sugere que ele propaga um tipo de Direito Natural, na medida em que nega “*que la validez del derecho positivo proviene del derecho natural*”, admitindo “*que su validez es inherente al derecho positivo como tal, esto es, incondicional, absoluta. Esto es un grave error. La consecuencia de negar el derecho natural es negar que este término es empleado por el jusnaturalismo. Usado de esta manera, dicho término designa un verdadero reclamo moral de obediência, Independiente de todo reconocimiento por parte de los súbditos. Tal reclamo solo puede basarse en principios éticos. El término no tiene significado alguno para una doctrina que niega todas las verdades éticas*”.

¹²¹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 34-42.

¹²² ENGLE, Eric. **Knight's Gambit to Fool's Mate: Beyond Legal Realism**. Valparaiso University Law Review, 41, p 1633-1683, 2007. “*No xadrez, um gambito é oferecer uma peça para colocar um oponente numa situação pior. Os cavalos são frequentemente ofertados no início da partida porque eles entram no jogo rapidamente e tem pouco valor no seu final*”. (tradução livre).

independente. Isso implica num sistema de coparticipação em que a interpretação sobre as regras do jogo devem ser as mesmas para que possa haver a partida. Contudo é preciso diferenciar as regras que são *diretivas*, e que se não obedecidas geram protestos, da *teoria*, em que se permite até mesmo fazer jogadas idiotas que podem causar espanto, mas que são perfeitamente válidas para as regras do jogo.

A partir do jogo de xadrez, ROSS pretende mostrar que no fundo as mesmas colocações cabem para o Direito. As regras que se estabelecem para que o jogo possa se efetivar equivale ao *direito vigente*. Tais *regras* são de *experiência* e de *conteúdo abstrato*. As primeiras relacionadas às ações ou fenômenos: quando avanço com o *cavalo*, meu adversário responde com o *bispo*, por exemplo, ou se empurro as peças por sobre o tabuleiro, meu adversário poderá protestar e não querer mais jogar. As segundas se referem às *normas*. As normas não existem na realidade e de maneira independentemente, sejam das pessoas, se falarmos do direito, sejam dos jogadores, se estivermos falando do xadrez. As normas, portanto, representam um conteúdo abstrato de cunho interpretativo (como se movimentam as peças no tabuleiro ou como “devo” me comportar em sociedade). Mas tais normas não são aleatórias, devem ter um todo *coerente de significados e motivações*, permitindo a predição dos rumos de uma partida ou do desfecho que uma conduta comporta.

Tanto o *fenômeno* (direito em ação¹²³) quanto as *normas*¹²⁴ não são independentes entre si. Se mandarmos para Marte uma Constituição ou as normas do jogo de xadrez não terão nenhum tipo de significado, porque não contém *validade*¹²⁵ em si mesmas. De igual maneira, se colocarmos uma pessoa diante de um tabuleiro de xadrez seus movimentos físico-biológicos não implicam que aquilo represente o jogo de xadrez. Significa, portanto, que tanto a *ação fenomênica* quanto as *normas abstratas* não têm realidades próprias quando pensamos em termos de regras de xadrez ou regras legais vigentes. Só adquirem alguma realidade se

¹²³ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 42. ROSS explica que o *direito em ação* é estudado pela sociologia jurídica e as *normas* pela ciência do direito. Em especial a *sociologia aplicada* trabalha com problemas práticos, por exemplo, um tribunal ou juiz quando decide de maneira inovadora pretende com isso um resultado prático que altere a realidade. Trata-se de uma *política jurídica* que designa “a atividade criadora do direito do legislador ou do juiz e a discussão racional dessa atividade” (p 48).

¹²⁴ Ibidem. p 45-46. As *normas* são estudadas pela *Ciência do Direito*. Um dos campos desse estudo refere-se ao *direito vigente*. Implica em localiza-lo espacial e temporalmente. O estudo no *tempo presente* indica que, no limite, existem questões abertas para o futuro. O passado é apenas um referencial preditivo, não se podendo afirmar que o direito vigente é propriamente um fato histórico, mas sim “um cálculo com olhar no futuro. Isto confere às proposições do estudo do direito de hoje um elemento fundamental de incerteza e resulta, na medida em que a certeza do cálculo diminui, numa fusão peculiar dos problemas do direito vigente com os problemas político jurídicos relativamente à criação do direito novo”.

¹²⁵ ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. Loc. cit. p 19 “Que sentido tiene decir que los individuos deben hacer lo que deben hacer? (...) Kelsen explica que el significado subjetivo de la norma es también su significado objetivo, lo que equivale a decir que la norma expresa una verdadera exigencia: los individuos deben “realmente”, “en verdad”, “objetivamente”, hacer lo que la norma les exige. Pero la Idea de una norma o de una exigencia verdadera es un absurdo lógico, que incurre en la falacia implícita en todo “absolutismo” ético. La Idea de la “validez” o “fuerza obligatoria” del derecho no tiene cabida en la ciencia empírica”.

tomadas em conjunto.

Em resumo, para ROSS,

‘direito vigente’ significa o conjunto abstrato de ideias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias¹²⁶

Isto denota algo especial, pois não parece crível que alguém possa ficar imaginando que exista uma *validade a priori*¹²⁷ nas normas do xadrez, seja concedida por Deus ou por uma razão humana eterna. ROSS desafia KELSEN e seu conceito de *norma fundamental*, por ser de nota metafísica. Se pensamos assim em relação ao direito não é porque ele se diferencia das regras de xadrez, embora o direito seja muito mais complexo, mas sim porque o levamos muito a sério e o conteúdo emocional de que é carregado é suficientemente forte para certas armadilhas.

Entre essas está a aspiração de se estabelecer uma *filosofia de valores*¹²⁸ que pretensamente presidiria a legislação ou as decisões judiciais. Para ROSS toda *política jurídica* se determina por conhecimentos racionais, ou seja, uma nova legislação ou inovação nas decisões dos juízes pretende modificar a realidade para o futuro – trabalha-se na perspectiva da resolução de problemas de fundo prático. À parte disso, qualquer valoração estaria fora do âmbito do conhecimento racional. Assim, não se pode cogitar para o direito uma *filosofia de valores* na base do *dever ser*¹²⁹, ainda que tais debates de valores apareçam

¹²⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 41. ROSS faz a seguinte menção em rodapé “ou seja, pelo juiz e outras autoridades da justiça que aplicam o direito”.

¹²⁷ HAIGHT, Mary. **A Serpente e a Raposa: uma introdução à lógica**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2003. p 55. ROSS parece referir-se a questão das verdades *necessárias* e *contingentes* de HUME. As *necessárias* são estabelecidas *a priori* sem necessidade de conhecimento do mundo ou da realidade, tal parece ser a alusão de validade para KELSEN: “Diz-se que as verdades lógicas são *necessárias* (...) quando se baseiam no significado. Diz-se ainda que as verdades necessárias são *verdadeiras em todos os mundos possíveis*: dado o que designamos por “2”, por exemplo, um mundo em que $2 + 2$ não seja igual a “4” é impossível”. Assim, qualquer tipo de verdade na relação direito e validade só adviria de uma *verdade contingente* “que também recebe o nome de verdade *empírica ou factual*” [...] “Elas dependem do estado de coisas do mundo (...). Num mundo diferente elas podem ser falsas”.

¹²⁸ MINDUS, Patricia. **A Real Mind: the life and work of Axel Hägerström**. Dordrecht: Springer-Verlag GmbH, 2006. p ix (introdução). Para Axel Hägerström os valores são meras expressões de sentimentos e não julgamentos da realidade. Se fossem julgamentos sobre a realidade seu conteúdo emocional poderia ser separado do próprio sentimento. Julgar sobre valores implica em não julgar nada. Em verdade expressamos uma emoção conectada a uma representação ou conceito. Se há uma crença que os valores são objetivos, isto se dá pela criação de hábitos.

¹²⁹ ROSS, Alf. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. Loc. cit. p 38 e 21. ROSS pretende expor é que não interessam *valores a priori*. Toda norma está no ordenamento como uma forma de resolver um problema prático. Para entender essa perspectiva é preciso revisitar o empirismo, mencionado no capítulo 2. Qualquer *valoração* sobre uma norma com base no *dever ser* não é objeto do direito positivo. Assim, se uma norma diz: “*não se deve matar*”, pouco importa se ela tem por valor que a vida é sagrada ou, como quer KELSEN, que devo obediência à norma por ter algum tipo de validade absoluta. Não são ideias científicas, mas apenas ideologias. Como explica ROSS: “*El ordenamiento jurídico es tan fáctico como el ordenamiento de una banda de delincuentes. Pero, por supuesto, nuestros sentimientos y actitudes frente a ambos fenómenos son totalmente distintos*”. Para ROSS não há contradição em negar objetividade aos valores e a moral e ainda assim lutar contra um regime ditatorial ou corrupto, por exemplo. “*La creencia que los juicios morales no son verdaderos (ni falsos), que no son el*

no âmbito legislativo ou judicial.

3.4 AS NORMAS COMO ESQUEMA INTERPRETATIVO

Para ROSS¹³⁰ as normas são dirigidas aos tribunais e juízes. Elas não referenciam uma proibição, mas apenas indicam ao juiz a sentença a ser dada, ou seja, as condições para o exercício da força física. Como se trata de um indicativo, as normas operam na mente do juiz como *socialmente obrigatórias* ou não, o que faz com que ele as aplique ou não. Um exemplo é a contravenção por vadiagem, disposto no Decreto Lei 3688/41, dificilmente aplicada pelos magistrados:

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses.

Não obstante, não devemos nos enganar que haja uma liberdade inconsequente. O juiz ao afastar uma norma em específico deve ter na mira todo o ordenamento e não apenas aquela norma. É que o *direito vigente* não é tomado a partir de uma norma individual, mas do ordenamento como um todo. E isto se prova como um *esquema interpretativo*, que permite compreender “não só a maneira de agir dos juízes, mas também que estão agindo na qualidade de juízes”¹³¹. Para ilustrar¹³², reproduzimos pequeno trecho da polêmica sentença do Juiz Edílson Rumbelsperger Rodrigues, que julgou inconstitucional alguns artigos da Lei Maria da Penha:

DECISÃO

Autos nº 222.942-8/06 (“Lei Maria da Penha”) [...]

Esta “Lei Maria da Penha” — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta. Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem. Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse: “(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...)” Já esta lei diz que aos homens não é dado o direito de “controlar as ações (e) comportamentos (...)” de sua mulher (art. 7º, inciso II). Ora! Que o “dominar” não seja um “você deixa?”, mas ao menos um “o que você acha?”. Isto porque o que parece ser não é o que efetivamente é, não parecia ser. Por causa da maldade do “bicho” Homem, a Verdade foi então por ele interpretada segundo as suas maldades e sobreveio o caos,

resultado de un proceso cognoscitivo, ni una aprehensión (insight) comparable al conocimiento lógico o empírico, de ninguna manera es incompatible con que tales juicios emanen de sólidas actitudes morales. La posición positivista no se refiere a la moral sino a lógica del discurso moral; no a la ética, sino a la metaética”.

¹³⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 57-58. “um ordenamento jurídico nacional é o conjunto de regras para o estabelecimento e funcionamento do aparato de força do Estado”.

¹³¹ Ibidem. p 61.

¹³² SOUSA, Mauricio de. **O Julgamento do Bode Comilão**. In Mônica, nº 56, agosto/2011. São Paulo: Mauricio de Sousa Editora, 2011. p 27 -33. Vê-se nessa publicação a ideia radicada e a transmissão sobre o papel do juiz na sociedade.

culminando — na relação entre homem e mulher, que domina o mundo — nesta preconceituosa lei. Mas à parte dela, e como inclusive já ressaltado, o direito natural, e próprio em cada um destes seres, nos conduz à conclusão bem diversa. Por isso — e na esteira destes raciocínios — dou-me o direito de ir mais longe, e em definitivo! O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! Á própria Maria — inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que inclusive a credenciou como “advogada” nossa diante do Tribunal Divino) — Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas cada uma em seu devido lugar: “que tenho contigo, mulher!?”. E certamente por isto a mulher guarda em seus arquétipos inconscientes sua disposição com o homem tolo e emocionalmente frágil, porque foi muito também por isso que tudo isso começou [...]

Em virtude de tudo isso, e por considerar, afinal, e em resumo, discriminatório — e PORTANTO INCONSTITUCIONAIS (na medida em que ferem o princípio da isonomia, colidindo ainda frontalmente com o disposto no § 8º do art. 226 da Constituição Federal) — NEGO VIGÊNCIA DO ART. 1º AO ART. 9º; ART. 10, PARÁGRAFO ÚNICO; ART. 11, INCISO V; ART. 12, INCISO III; ARTS 13 E 14; ARTS. 18 E 19; DO ART. 22 AO ART. 24 e DO ART. 30 AO ART. 40, TODOS DA LEI Nº 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”. OS DEMAIS ARTIGOS — ora não mencionados por este juízo — O TENHO POR CONSTITUCIONAIS, pois muito embora dêem tratamento diferenciado à mulher, não os considero propriamente discriminatórios, na medida em que diferencia os desiguais, sem contudo extremar estas indiscutíveis diferenças, a ponto de negar, por via oblíqua ou transversa, a existência das fragilidades dos homens pondo-o em flagrante situação de inferioridade e dependência do ser mulher, em sua mútua relação de afeto.

Embora o magistrado sugira como dispositivo da sentença a isonomia entre homens e mulheres, com base na Constituição, para afastar alguns artigos da Lei Maria da Penha, a fundamentação que utiliza tem um fundo religioso¹³³ e de direito natural, que como esquema interpretativo faria muito sucesso no Medievo, mas não atualmente, tanto que o CNJ o colocou em disponibilidade compulsória por 2 anos por conta da referida sentença. Este caso demonstra que a compreensão da norma como socialmente obrigatória, ou não, para o juiz, não é desconectada daquilo que se espera de seu papel como tal. Um entendimento divergente é sempre possível, mas encontra limites dentro do *direito vigente*, que como já mencionado, se caracteriza pelo uso das normas como *esquema interpretativo* aplicável¹³⁴ pelos juízes e

¹³³ Nota do autor: não se deve acreditar que sentenças com apelo religioso não são aceitas. O contexto e a *ideologia* que as anima podem torná-las “socialmente acolhidas”. Veja o exemplo: 20000001022 JCF.5 JCF.5.XLV – HABEAS CORPUS – RAZÕES HUMANITÁRIAS – CONCESSÃO – FLAGRANTE PREPARADO – INOCORRÊNCIA – EXCESSO DE PRAZO NÃO CONFIGURADO – DENEGACÃO – 1) Tendo uma das pacientes sido presa três dias após dar à luz, razoável, por razões humanitárias, que seja posta em liberdade para, condignamente, aleitar os eu rebento. Liminar ratificada. 2) A permanência do recém-nascido no cárcere fere os princípios cristãos, ao mesmo tempo em que nega vigência ao inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal. 3) Tratando-se da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, descabido falar-se em flagrante preparado, vez que aludida infração constitui crime de feito permanente. 4) Não há que se cogitar de excesso de prazo na formação da culpa, se a instrução processual já se encontra concluída, máxime se ainda não atingido o termo previsto em lei. 5) Ordem concedida apenas em relação a uma das pacientes. (TJGO – HC 29.446-1/217 – 2ª C Cr – Rel. Des. Paulo Teles – J. 17.07.2007).

¹³⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 66. Não se deve cair na armadilha de que a aplicação é uma referência para o passado, numa espécie de análise de *precedentes*. As normas são aplicadas com vista a julgamentos futuros, portanto aludem a decisões hipotéticas. Assim, muitas normas podem ter sido promulgadas sem nunca terem sido aplicadas, mas nem por isso deixaram de ser vigentes. Isto significa que a aplicação é uma possibilidade na medida em que seu uso seria razoável. O contrário também é verdadeiro. Além disso, uma norma, ainda que razoável, pode não ser aplicável quando não for coerente com todo o ordenamento. O negócio

tribunais a partir do que concernem como *socialmente obrigatório*.

A divergência nas decisões judiciais, que, aliás, são bastante frequentes, surgem porque a aplicação se apoia sobre cálculos futuros. Uma norma “A” deveria se aplicar, mas as normas “B” e “C” excluem sua aplicação, além disso, as provas são mensuradas de maneira diversa por diferentes magistrados, bem como a legislação pode apresentar-se tão aberta que gera uma incerteza do que tem por diretiva. São diversos fatores que podem levar a decisões muito particulares sobre casos assemelhados. Por conta disto, vários doutrinadores sugerem que uma decisão judicial não passa de uma justificação *a posteriori* daquilo que o julgador tomou como dispositivo na sentença. Diferentemente da corrente tradicional que entende que o juiz, por meio de silogismos, chega a uma determinada decisão.

ROSS¹³⁵ ataca essa visão tradicional, pois não é possível fazer previsões como um astrônomo faz de um eclipse, em que inexiste nexo de causalidade entre os fenômenos mentais e os movimentos dos astros, por exemplo. Nos *fenômenos da vida social* só podemos prever possibilidades, isto porque nossas crenças podem alterar a realidade. Um advogado, por exemplo, tende a adotar uma estratégia de modo a influenciar na decisão judicial em favor de seu cliente. As crenças do juiz sobre o caso e a maneira como maneja as *fontes do Direito* acabam por revelar que o conceito de *direito vigente* não é algo estático, mas absolutamente probabilístico, pois voltado para o futuro, ou seja, algumas fontes podem ser preferíveis a outras, mas todas podem ser vigentes, pois são mais ou menos aplicadas. Não é um direito do tudo ou nada!

3.4.1 Das Fontes do Direito

Mas o que são *fontes do Direito*? A legislação é a principal fonte no *civil law*. Outras fontes podem ser o costume, o precedente e a razão¹³⁶. Contudo é muito vago falar sobre fontes, vez que não têm muito em comum. Para ROSS, as fontes são “o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão”¹³⁷, ou seja, posso não saber o que se passa na mente de um juiz, mas observar suas decisões permite-me verificar as *ideologias*¹³⁸ sob as quais são construídas, em função da

jurídico, por exemplo, é potencialmente aplicável, mas será afastado se uma das partes for um menor impúbere.

¹³⁵ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p. 72.

¹³⁶ Nota do autor: vamos nos limitar ao estudo dessas, que são as mencionadas por ROSS.

¹³⁷ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p. 103.

¹³⁸ NERI, Eveline Lucena. **Ideologia e Interpretação Jurídica: um estudo das posições normativistas realistas**. Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, v. 5, n. 8, p. 119, 2006. “Embora seja ainda mais difícil identificar a ideologia seguida pelos tribunais na aplicação de certa regra geral a um caso específico, somente a previsão que for orientada pelos mesmos métodos e princípios poderá ser interpretação vigente,

escolha de suas fontes.

3.4.1.1 Da Legislação

A legislação¹³⁹ é a fonte por excelência do *civil law*. Sua aplicação é sempre muito provável, vez que o fato de ser legislada, ou seja, proveniente de um órgão que tem legitimidade *social* reconhecida, faz com que seja “natural” seu acatamento e aceitação. Não obstante, o que interessa ao *realismo jurídico* no estudo da fonte não é a fonte em si, mas seu uso ideológico. Por exemplo, a lei pode ser evocada em detrimento de uma solução plausível para um caso. A obrigatoriedade de acatamento, nesses casos, deriva do reconhecimento de que elas são criadas pelo Parlamento e tem cogência absoluta, pois as regras de competência assim determinam:

10000090412 – ADMINISTRATIVO – ENSINO SUPERIOR – AÇÕES AFIRMATIVAS – COTAS SOCIAIS E RACIAIS. [...] 3- As ações afirmativas podem e devem ser promovidas pelo Estado, mas se, ao implementá-las, o Estado quebra os princípios constitucionais regedores da espécie, como aqui, a igualdade de acesso, sem distinções de raça, sexo, cor, etc., necessita-se obviamente de interposição legislativa. **É o Parlamento que legitimamente obriga a todos.** É o princípio da dominação democrática, a quebra só pode ser feita pela lei, emanada do Legislativo. (TRF 4ª R. – AI 0006097-18.2010.404.0000/SC – 4ª T. – Relª Desª Fed. Marga Inge Barth Tessler – DJe 12.07.2010 – p. 682) (grifo nosso)

108000060405 JLEI9715.2 JLEI9715.2.4 – TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRIBUIÇÃO PIS/PASEP – TRANSFERÊNCIAS ORÇAMENTÁRIAS NÃO EXCLUSIVAS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO [...] 6- O Eg. Supremo Tribunal Federal tem decidido que não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, **só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento** (RTJ 126/48, RTJ 143/57, RTJ 175/1137). 7- Se de tal modo não fosse, o Poder Judiciário, que não dispõe de função legislativa, passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao Quarta-feira, 27 de abril de 2011 princípio constitucional da separação dos poderes (RE 322.348/Agr, rel Ministro Celso de Mello, DJ de 06/12/2002) (TRF 2ª R. – AC 2002.51.01.502831-3 – 3ª T.Esp. – Relª Juíza Fed. Conv. Sandra Chalu Barbosa – DJe 27.04.2011 – p. 189)v89) (grifo nosso).

3.4.1.2 Dos Precedentes (jurisprudência)

Outra fonte de Direito motivadora do comportamento dos juízes está nos

momento em que se mistura ciência do direito com a política jurídica que anima os tribunais”.

¹³⁹ KENNEDY, Duncan M. **Legal Formality**. The Journal of Legal Studies. 2 J, n. 351, p 383, 1973. “O juiz será mais relutante em aceitar argumentos anti-formais do litigante porque esses são quase todos negativos: eles minam a legitimidade da aplicação da regra sem sugerir um papel alternativo válido para o juiz” (tradução livre).

precedentes. Como explica ROSS, os *precedentes* poupam “tempo, dificuldades e responsabilidades ao juiz”¹⁴⁰ e vinculam-se a ideia de justiça formal: casos análogos decididos de forma igual. São utilizados em especial nos países de *common law*, sob a doutrina do *stare decisis*, que ROSS¹⁴¹ sintetiza da seguinte forma: a) os tribunais e juízes estão vinculados às decisões dos tribunais superiores e esses vinculados às suas próprias decisões; b) toda decisão relevante constitui argumento passível de pleitear respeitosa consideração; c) apenas a *ratio decidendi* obriga; d) um precedente não perde vigência, apesar de não aplicado.

A questão ideológica dos precedentes não está propriamente na sua sujeição, mas em sua autoridade. SHARSWOOD, comentando BLACKSTONE, já afirmava que

Não é possível estabelecer, com precisão matemática, qualquer regra em relação à autoridade dos precedentes. Cada juiz e cada tribunal devem considerar que a sua função é *aicere jus* e não *jus dare*. O quanto determinações anteriores devem ser consideradas como decisões definitivas sobre qualquer ponto ou princípio de direito dependerá muito das circunstâncias¹⁴².

Isto ocorre porque a obrigação de decidir se dá apenas em relação a *ratio decidendi*^{143 144}, o juiz estabelece o *princípio básico* do caso. Significa que o problema advém da escolha da autoridade de um *precedente* dentre vários que contém regras gerais. Ao escolher o fato relevante, este pode não ser coincidente ao considerado por outro julgador. Pode suceder, ainda, que em casos muito semelhantes o chamado *distinguishing*¹⁴⁵ seja invocado, pois o tribunal ou magistrado colocam em relevo outros fatos, declarando-os mais importantes dos que os trazidos no *precedente*, que seria passível de servir como fundamento de decisão.

O sistema de *precedentes* tem pouco em comum com a nossa *jurisprudência*, contudo, a título de mero exemplo da problemática dos *precedentes*, e numa tentativa bastante arriscada de aproximação de nossa realidade, sugerimos uma análise a partir de

¹⁴⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 111.

¹⁴¹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 112.

¹⁴² SHARSWOOD, George. In **Commentaries on the Laws of England in Four Books**. Autor: Sir William Blackstone Vol. 1 - Books I & II, nota nº 11 da Seção III – *Of the Laws of England* (71). Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893. Tradução livre de: “It is not possible to lay down, with mathematical precision, any rule in regard to the authority of precedents. Every judge and every court must consider that their function is *jus aicere* and not *jus dare*. How far previous determinations ought to be regarded as definitely settling any point or principle of law, will depend very much upon circumstances”.

¹⁴³ FARIAS, German Cisneros. **Diccionario de Frases y Aforismos Jurídicos Latinos: una compilación sencilla de términos jurídicos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p 106. “Razón para decidir, razón suficiente, motivación principal en la sentencia”.

¹⁴⁴ RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1979. p 184. *apud* WALUCHOW, W. J. A **Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p 200. “[e]ssentially the ratio is the reason(s) by which the court justifies its decision. Establishing the ratio is partly a matter of interpretation of a document [the case report]: What is the reason on which a judge relied in reaching his decision as conveyed by his judgment.”

¹⁴⁵ Ibidem. p 199. “since ‘distinguishing’ means changing the rule which is being distinguished, the power to distinguish is a power to develop the law even when deciding regulated cases and even by courts which have no power to overrule.”

jurisprudência nacional consubstanciada nos entendimentos dados ao artigo 244, § 2º da CLT:

Art. 244 [...] § 2º Considera-se de "sobre-aviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobre-aviso" será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de "sobre-aviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

HORAS EXTRAS. USO DO BIP. NÃO CARACTERIZADO O "SOBREAVISO". (cancelada em decorrência da sua conversão na Súmula nº 428 do TST) – Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

O uso do aparelho BIP pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.

Súmula nº 229 do TST

SOBREAVISO. ELETRICITÁRIOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Por aplicação analógica do art. 244, § 2º, da CLT, as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à base de 1/3 sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

Súmula nº 428 do TST

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

A lei articula que está de sobreaviso aquele que permanece em sua residência, aguardando um chamado que pode ocorrer a qualquer momento. O entendimento dado pelos Tribunais na antiga OJ 49, já cancelada, e súmula 428, I, é de que não caracteriza sobreaviso quando o empregado não permanece em sua residência e utiliza BIP ou celular. A razão disto parece advir de sua liberdade de ir e vir que não estava tolhida. È o que dispõem os Acórdãos:

[...] o Reclamante não era obrigado a permanecer em local determinado aguardando à determinação do empregador, porque poderia ausentar-se de sua residência, mantendo apenas um telefone para atender a chamados de emergência. Tal circunstância não é suficiente à caracterização do regime de sobreaviso, segundo o entendimento desta Corte(DEJT 11.12.2009/J-03.12.2009 - Decisão unânime, Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi).

O uso de telefone celular, a exemplo do aparelho de BIP, não configura o regime de sobreaviso, pelo fato de o empregado não permanecer em sua casa aguardando o chamado para o serviço, podendo, pois, deslocar-se livremente ou até dedicar-se a outra atividade em seu período de descanso. (DJ 05.09.2008/J-25.08.2008 - Decisão unânime Min. Vantuil Abdala).

Assim, decisões com base nesses precedentes podem considerar que:

- A liberdade de ir e vir se refere à possibilidade de não aguardar em casa.

- A liberdade de ir e vir se refere à possibilidade de dedicar-se a outras atividades.
- A liberdade de ir e vir significa não estar submetido a controle patronal.

Contudo, podem-se fazer outras ilações em contrário:

configura o regime de sobreaviso o simples fato de o obreiro ver a sua liberdade tolhida pela iminência de vir ser convocado para laborar de imediato. O conceito de liberdade, nesse particular, não se circunscreve ao fato de poder ou não sair da residência (RR - 75100-57.2008.5.04.0611, Rel. Min. Dora Maria da Costa)

HORAS DE SOBREAVISO. USO DE CELULAR. Esta Corte Superior tem entendimento pacificado, consubstanciado na Súmula 428 que "O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, "pager" ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.", hipótese distinta da relatada nos presentes autos em que ficou registrado no v. acórdão regional transcrito na v. decisão revisanda que houve restrição da liberdade de ir e vir do trabalhador, combinada com escalas de sobreaviso das quais ele participava. (DEJT 25.11.2011/J-10.11.2011 - Decisão unânime, Min. Horácio Raymundo de Senna Pires)

Nos casos acima, a liberdade de ir e vir:

- Não é a simples possibilidade de deslocar-se, mas a inexistência de ameaça que possa vir a tolhê-la.
- É tolhida se existem escalas de sobreaviso em que o trabalhador participa, ainda que não seja convocado.
- Será plena quando houver o simples uso do celular ou bip, sendo que aquele que utiliza não precisaria atender chamados emergenciais, caso não esteja numa escala de sobreaviso (entendimento dado por inferência).

È estranho observar que para os eletricitários tais horas de sobreaviso são reconhecidas, não havendo uma isonomia de tratamento em termos de precedentes, sendo um problema de aplicação de regra geral a caso particular. De qualquer modo, as afirmativas acima demonstram uma maneira de pôr em proeminência determinadas questões, partindo de colocações realizadas em determinados *precedentes*, que podem muito bem levar a decisões diversas. Não percebemos argumentos mais consequencialistas à guisa do que ocorre no *common law* e isto, talvez, explique certa dificuldade da construção jurisprudencial nacional, tão dispersa, de pouco debate e muito concreta. Ainda assim, ROSS entende que a doutrina do *stare decisis* não passa de pura ilusão na medida em que a liberdade de interpretar a *ratio decidendi* mascara uma *criação* livre do direito pelos juízes, não se configurando apenas *aplicação*, como diz o discurso oficial.

3.4.1.3 Do Costume

Quanto aos *costumes*, como fonte de Direito, há certa dificuldade em conceituá-los e diferenciá-los da convenção e da prática comum. O *costume jurídico* tem por característica a regulação da esfera da vida, sendo sentido como socialmente obrigatório e, além, é claro, de ser passível de sanções legais quando não acatado¹⁴⁶. Um exemplo na jurisprudência nacional é o caso do cheque “pré-datado”:

Lei 7357/85, Art . 32 O cheque é **pagável à vista**. Considera-se não-escrita qualquer menção em contrário.

Parágrafo único - O cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é **pagável no dia da apresentação**.

136000003640 – RESPONSABILIDADE CIVIL – CHEQUE PÓS-DATADO – **COSTUME MERCANTIL** – APRESENTAÇÃO ANTES DA DATA ACORDADA – DEVOLUÇÃO POR FALTA DE PROVISÕES DE FUNDOS – DANO MORAL CARACTERIZADO – 9- A apresentação precipitada de cheque pós-datado significa descumprimento de acordo, importando quebra do compromisso assumido, trazendo assim o elemento surpresa ao emitente, o que sem dúvida representa conduta ilícita, capaz de gerar danos de ordem material e extrapatrimonial passíveis de indenização, principalmente na hipótese de haver devolução do cheque por insuficiência de fundos, que dá azo a desequilíbrio na conta do consumidor; 10- Em se tratando de dano moral puro, a prova que se exige é somente a do fato gerador. Nesse sentido a Súmula 370 do STJ: “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”. Quantum indenizatório que atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; 11- Recurso conhecido e improvido, servindo como Acórdão a presente Súmula de Julgamento; 12- Custas pelo Recorrente. (TJAC – RCív. 2010.900365-9 – (4.532) – Relª Juíza Mirla Regina da Silva Cutrim – DJe 23.09.2010 – p. 72) (grifo nosso).

A utilização do costume pelo magistrado se funda em elemento puramente psicológico, pois esse deve ter uma força tão irresistível que ultrapasse mesmo a crença no legislador como único legitimado para criação de norma. O exemplo acima é interessante, pois não se trata de colmatar uma lacuna da legislação, mas propriamente de ir de encontro a essa. Embora algumas doutrinas sugiram que devam existir condições bastante rígidas para sua aplicação, trata-se na verdade de uma ideologia com a função de ocultar a atividade jurídica criadora do magistrado, pois havendo razoabilidade e *opinio necessitatis*, sua

¹⁴⁶ Nota do autor: A *udal law* foi trazida para Escócia no século sétimo ou oitavo por povos nórdicos. É um exemplo interessante de um tipo de costume com relativa força de lei na Escócia ainda hoje, nas localidades de Orkney e Shetland. É uma espécie de propriedade absoluta, que faria frente inclusive contra a Coroa. Encontramos o reconhecimento em dois casos - Mark Yaxley and another vs Mrs Sharon Roe Morrison or Glen and others: “*Kaur v Singh established three points: “proprietor” means an owner of land, a tenant under a long lease and also an owner under udal tenure*” ([2007] CSOH 90 A566/04 opinion of Lady Dorrian). Acessado aos 19/08/2013 em <<http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/2007CSOH90.html>>. Shetland Islands Council to judicial review of a decision by Lerwick Port Authority “*Although that passage refers to feudal law as the basis of the Crown's right, it appears from the Shetland Salmon Farmers case that the same result would be arrived at in Shetland (where landownership is based on udal, rather than feudal, law), although on a different basis*” ([2007] CSOH 05 P1504/05 Opinion of Lord Reed). Disponível em <<http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/2007CSOH05.html>> Acessado aos 19 de agosto de 2013.

aplicação é sempre possível.

3.4.1.4 Da Razão

A *razão* é outra fonte de direito. Segundo ROSS, a “*razão ou considerações práticas* é uma fusão de uma concepção da realidade e de uma atitude valorativa”¹⁴⁷. Surge no momento em que há uma lacuna legal, em que se exige do julgador estabelecer, a partir de suas regras de experiência e de analogias com normas e outras fontes, determinadas *valorações* para chegar a uma decisão que aparente provir de uma *regra geral*, à qual, com a utilização contínua, passa a adquirir uma fixação na forma de jurisprudência ou precedentes. Um exemplo que encontramos é a aplicação subsidiária ao Código Processo Penal Militar da lei de Execuções Penais, sob o argumento não discriminatório da Constituição:

100000019985 JCF.5 JCF.5.XLVI – HABEAS CORPUS – CONSTITUCIONAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR – EXECUÇÃO DA PENA – PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM ESTABELECIMENTO MILITAR – POSSIBILIDADE – PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88) – LEI CASTRENSE – OMISSÃO – Aplicação subsidiária do código penal comum e da lei de execução penal. Ordem parcialmente concedida. 1- O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. É dizer: a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, não lhe é permitido se desgarrar do núcleo significativo que exsurge da constituição: o momento concreto da aplicação da pena privativa da liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da “justa medida” entre a ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; De outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo para outro menos rigoroso. 2- Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a constituição federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso Ixi do art. 5º do magno texto, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Nova amostragem está no preceito de que “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares” (§ 2º DO ART. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (INCISOS IV E V DO § 3º DO ART. 142). 3- De se ver que esse tratamento particularizado decorre do fato de que as forças armadas são instituições nacionais regulares e permanentes, organizadas com base na hierarquia e disciplina, destinadas à defesa da pátria, garantia dos poderes

¹⁴⁷ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 128

constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (CABEÇA DO ART. 142). Regramento singular, esse, que toma em linha de conta as "peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra" (INCISO X DO ART. 142). 4- É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense. 5- Ordem parcialmente concedida para determinar ao juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do paciente, e que aplique, para tanto, o código penal e a lei 7.210/1984 naquilo que for omissa a lei castrense. (STF – HC 104.174 – Rel. Min. Ayres Britto – DJe 18.05.2011 – p. 60)v90

Neste pequeno debate sobre as fontes do Direito, ROSS procura demonstrar que o julgador as utiliza como motivadoras de suas decisões em função daquilo que sente como socialmente obrigatório. A probabilidade de uso da fonte legislada será sempre maior, tendo por isso grande importância. As demais fontes, não legisladas, tem somenos prestígio vez que sua sistematização é difícil, diferentemente das normas, e por isso mesmo tendem a ser utilizadas com mais parcimônia, em especial pela crença de que o legislador detém o poder legítimo de “criar” o direito. De qualquer modo, o que ROSS pretende desvelar é que o juiz ou tribunal não são meros *aplicadores* do direito, muito menos *descobridores*, mas sim verdadeiros *criadores* e que, no fundo, a doutrina apresenta o estudo das fontes mascarando tal realidade.

3.4.2 Da Linguagem e da Lógica

O problema interpretativo é discutido muito amiúde na *doutrina*. Essa tem um posicionamento ambíguo na medida em que alguns doutrinadores buscam trabalhar na perspectiva da *interpretação vigente*, ou seja, preocupam-se com o que é *direito vigente* e como interpretá-lo, portanto tem em mira a *ciência do direito*, e outros trabalham numa perspectiva da *política jurídica*, preocupando-se em influenciar juízes e tribunais num determinado sentido interpretativo diferente da *interpretação vigente*.

Assim, a *interpretação vigente* consiste na atividade de descobrir princípios e regras que norteiam os tribunais e magistrados a passarem de regras gerais a decisões particulares. ROSS denomina de *método jurídico*. A dificuldade está em estabelecer *ideologias* no uso do *método* como ocorre mais claramente nas *fontes do direito*. Isto porque se misturam *política jurídica* e pronunciamentos do *direito vigente*.

Não obstante, de maneira bem ampla, no *commom law*, por exemplo, procura-se

extrair regras gerais de precedentes existentes para resolução de um caso específico. O magistrado do *commom law* trabalha sobre o *método* das semelhanças e diferenças entre o caso presente e precedentes, e do que é e não é relevante. É um *raciocínio por via de exemplos*. Diferentemente do *civil law* em que o texto de lei é provido de autoridade e o problema do *método* se relaciona entre os fatos e a interpretação do texto legal. Nesse caso, o problema interpretativo é especialmente de ordem *linguística*: o que cada juiz ou tribunal extraem do texto.

Os problemas da linguagem surgem como *controvérsias semânticas*¹⁴⁸, que respeitam ao *significado*¹⁴⁹ das palavras, e *problemas sintáticos*, relacionados a estrutura e padrões formais. Tais problemas são bastante complexos e podem ser encontradas boas referências em vários autores que se debruçam sobre esta questão. Importante pelo momento é ressaltar a impossibilidade de *interpretações literais* como se fosse possível “objetivar” os *símbolos* da linguagem sem contextualizá-los. O mesmo pode-se dizer sobre ideias como a *interpretação conforme o legislador*, por exemplo, pois ainda que seja possível questionar o próprio legislador sobre o que desejou ao propor a lei, mesmo assim, pode não implicar numa interpretação “correta”, pois o que se alvitra é conceber uma decisão *hipotético-ideal* sobre determinados fatos.

Embora os fatos possam atrair alguma hipótese de incidência legal, nem sempre é de se esperar que a interpretação dada à hipótese leve a um desdobramento específico e certo. Esse problema parece advir, justamente, da dificuldade no significado legal e, às vezes até mesmo, da sintaxe proveniente de uma má redação.

¹⁴⁸ Nota do autor: um exemplo de tentativa de defesa a partir de uma questão semântica na jurisprudência nacional: 153000250068 JLEI10826.14 – APELAÇÃO CRIME – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ARTIGO 14 DA LEI 10.826/03 – CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU – REVÓLVER ENCONTRADO NO INTERIOR DE VEÍCULO – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE POR NÃO ESTAR O ARTEFATO AO ALCANCE DO RÉU, BEM COMO POR NÃO OFERECER PERIGO – INOCORRÊNCIA – OFENDE A INCOLUMIDADE PÚBLICA AQUELE QUE TRANSITA COM A ARMA EM VIA PÚBLICA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI, SEJA JUNTO AO SEU CORPO, SEJA DENTRO DE CARRO – QUESTÃO LEVANTADA PELO RÉU DE **MERA SEMÂNTICA** E DESCABIDA DE PROCEDÊNCIA – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RISCO À INCOLUMIDADE PÚBLICA – CRIME DE MERA CONDUTA OU DE PERIGO ABSTRATO – DESNECESSIDADE DE ANÁLISE DA INTENÇÃO DO AGENTE PARA SUA CONFIGURAÇÃO – IRRELEVÂNCIA DE RESULTADO NATURALÍSTICO PARA SUA CONFIGURAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO – O crime de porte ilegal de arma de fogo é classificado como crime de mera conduta ou de perigo abstrato, sendo irrelevante analisar a intenção do agente ou se houve a efetiva exposição a perigo da coletividade ou utilização do objeto, pois não se exige resultado naturalístico - Basta que o agente pratique qualquer das ações contidas no art. 14 da Lei nº 10.826/03 para que o crime reste configurado. I. (TJPR – ACr 0711150-6 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida – DJe 03.05.2011 – p. 249)v90.

¹⁴⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 189-201. Alguns significados assumem um enigma de ordem metafísica, qual seja, a consideração da existência de uma outra *realidade subjacente*, num mundo fundado em *relações jurídicas, obrigações, direitos e deveres*, acrescidos a conceitos de *liberdade, justiça*, como se tivessem algum tipo de existência própria, conforme discussão dos universais realizada no capítulo 1 dessa monografia. Não obstante, não se pode olvidar que ideologicamente tais conceitos tem um impacto socialmente sentido como cogente para as pessoas em geral. Contudo, para os juristas, tais visões de direitos e deveres como substâncias metafísicas causam mais problemas do que soluções, na medida em que se apegam a realidades virtuais e não aos problemas jurídicos práticos.

Além da linguagem, podem surgir problemas lógicos decorrentes de efeitos jurídicos incompatíveis sobre o mesmo fato. Apesar de o ordenamento necessitar revestir-se de um todo harmônico, sabemos que a *pluralidade* de nossa sociedade leva o legislador a atendimento de pleitos tão diversos, que muitas vezes as normas se tornam incompatíveis entre si, desaguando o problema no judiciário.

Outra dificuldade está na criação de normas a partir de suposições falhas, incorretas ou impossíveis de se cumprir, como por exemplo, a proteção legal a determinado animal ou planta que não são nativos ou nem existem no local, ou ainda, formulações incorretas que, se aplicadas, levariam a situações absurdas.

Do que vimos até o momento, a questão interpretativa é complexa e cheia de nuances em que o magistrado fica sob pressão de forças sociais, psicológicas e formais-legais. Diante de tal complexidade o caminho para um estudo empírico se faz a partir do que tribunais e juízes decidem e que métodos utilizam para tanto.

3.5 O PARTICULARISMO COMO REALIDADE DECISIONAL

Em retrospectiva, a discussão travada até o presente momento centrou-se na decisão judicial enquanto *processo*. É mister que se tome cautela para evitar algumas confusões que podem emergir entre pontos de vista que não são propriamente divergentes, mas definitivamente desconectados. PEREIRA explica que no *espaço do julgamento* podemos encontrar dois *modelos de justificação das decisões judiciais*: o universalismo e o particularismo. Segundo a autora: “Para o universalismo, a relevância das razões é uniforme para todos os casos em que as mesmas características e circunstâncias se apresentam”¹⁵⁰. Em apertada síntese, o *leitmotiv* se encontra no “princípio do Estado de Direito”, que é “estruturante e vinculante de nossa ordem normativa institucional”¹⁵¹ que tem por valores a estabilidade das expectativas, previsibilidade e continuidade das instituições.

Já na adoção de um modelo de justificação particularista “a existência de razões é sempre relativa a propriedades que se apresentem relevantes num dado caso concreto”¹⁵². A justificação particularista visa a uma “*justiça substantiva*”, que consequentemente levaria a

¹⁵⁰ PEREIRA, Paula Pessoa. **O Superior Tribunal de Justiça como Corte de Definição de Direitos: uma justificativa a partir do universalismo**. Dissertação apresentada ao Curso de Pós- Graduação em Direito, Área de Concentração em Relações Sociais, Linha de Pesquisa em Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do Título de Mestra em Direito. Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: UFPR, 2013. p 78. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31016/R%20-%20D%20-%20PAULA%20PESSOA%20PEREIRA.pdf?sequence=1>>, Acessado em 07 de setembro de 2013.

¹⁵¹ PEREIRA, Paula Pessoa. **Op Cit.** p 89.

¹⁵² Ibidem. p 78.

indeterminação nas decisões.

PEREIRA¹⁵³ elucida que AMAYA faz defesa de um modelo *particularista* de razões, com base numa *doutrina das virtudes* que deve guiar o julgador, em menoscabo das normas e princípios, que ficariam em segundo plano.

Não nos interessa pelo momento fazer ilações sobre a compreensão de AMAYA. Deve-se deixar claro que a abordagem de AMAYA, embora sedutora, veleja em águas revoltas do idealismo aristotélico. Singrar os mares dos valores é sempre tarefa ingrata e não causa pouca discórdia¹⁵⁴. Para ROSS,

a idéia de justiça se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado da aplicação de uma regra geral. A justiça é a **aplicação correta** de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade. (...) A ideologia da justiça não cabe, pois, num exame racional do valor das normas (grifo nosso)¹⁵⁵.

ROSS sugere que haveria uma concepção objetiva de justiça no sentido de *racionalidade e regularidade* que constituiria o direito. A *racionalidade formal* representaria a busca máxima de racionalidade em conformidade a determinadas valorações. Tais valorações, sob o ponto de vista dos cidadãos é a condição de *segurança e possibilidade de cálculo da vida comunitária*. Já para os autoridades é realizar o controle da conduta dos cidadãos a longo prazo, inculcando neles padrões fixos de conduta.

No que respeita a *regularidade objetiva* busca-se resistir a toda arbitrariedade *subjetiva*. O problema é que tanto a *racionalidade formal* quanto a *regularidade objetiva*, embora fundamentais, não são as únicas ideias centrais constituintes. A aplicação generalizante da norma pode não ser aprovada dentro da *consciência jurídica*, pois

Todo direito e toda administração de justiça, portanto, estão determinados, em aspectos formais, por um conflito dialético entre duas tendências opostas. Por um lado, a tendência à generalização e a decisão em conformidade com critérios objetivos e, por outro lado, a tendência a individualização e a decisão à luz das valorações e apreciações subjetivas da consciência jurídica - ou, mais sumariamente -. por um lado, a tendência para a justiça formal, por outro, a tendência para a equidade concreta¹⁵⁶.

Este conflito variará de acordo com a época histórica e a matéria de direito. Por isso, uma decisão será tida como justa *objetivamente* quando o julgador aplica valorações e

¹⁵³ Ibidem. p 79-101.

¹⁵⁴ JØRGENSEN, Stig. **Idealism and Realism in Jurisprudence**. In [Scandinavian Studies in Law], v 21. Estocolmo: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 1977. p 111. “Even Hume had assumed the values (goodness, beauty, justice) are qualities not of object but evaluating subject. He who evaluates, then, tell us nothing of the object of evaluation but something about own feelings. This was the idea adhered to by Kant in his distinction between cognition and evaluation. The same idea lies behind the so called positivism or empirism originating from Vienna in the 1920s (Carnap and others), Scandinavian Realism (Härgerström), and English analytical philosophy (G.E. More, Ryle, etc)”.

¹⁵⁵ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 326.

¹⁵⁶ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 328.

interpretações correntes e será injusta, num sentido *subjetivo*, quando o magistrado se afasta das decisões típicas tomadas dos juízes e tribunais em conjunto. Nesta perspectiva, ROSS se afasta de um debate de *valores*, pois os *valores* não são categóricos em si, muito menos motivadores. Não se apreende dos fatos *o bom, o justo, o belo*. Tais *valores* só têm significado prático se demonstro *interesse* pela *bondade, justiça ou beleza*. Portanto, implica entrarmos num campo da irracionalidade em que vigoram as *crenças* que são as ideias que se têm da *realidade e das atitudes* - fenômenos tipicamente volitivos e emocionais. Nesse campo é difícil estabelecer a separação entre o que acredito (crença) ser um *valor* que intuo da realidade e que me faz agir em dado sentido (atitude), e do agir justificado sobre um valor. Um juiz pode decidir proibir a instalação de uma antena de celulares num bairro populoso alegando perigo à saúde coletiva. Nesse exemplo é difícil estabelecer se assim decidiu porque se convenceu com as provas trazidas aos autos que as radiações emitidas pela antena são realmente danosas à saúde, ou sustenta tal decisão porque tinha isso por crença e as provas foram meras justificantes. Acreditamos que aqui se revele claramente a diferença entre as abordagens de AMAYA, propositiva, e do *realismo jurídico*, descritiva.

Na perspectiva do *realismo jurídico*, sob a compreensão de ROSS, uma decisão judicial, tal qual o resultado de uma partida de xadrez, é sempre *particularista*. Isto ocorre porque, diferentemente dos fenômenos naturais em que se pode declarar um pensamento sem que com isso o fenômeno se altere - ao menos na perspectiva da física newtoniana -, nas ciências sociais todo o pensamento declarado pode modificar o resultado, uma vez que os atores, tais quais os participantes num jogo de xadrez ou a defesa e acusação num processo, interagem e reagem às jogadas ou às alegações alterando estratégias de acordo com seus objetivos.

Numa decisão judicial o intento é influenciar as crenças que o juiz tem sobre os fatos que lhes são trazidos, buscando determinados resultados. Assim, a utilização de *modelos de justificação* pelo julgador não garante necessariamente um dado resultado. Não obstante, o fato de toda decisão ser particularista, porque o juiz conjectura sob perspectivas psicológica e racional (e mesmo irracionais), porque o direito é composto de definições metafísicas que concernem a moral ou porque a linguagem, enquanto símbolo mediador, tem seus próprios problemas relacionados a sentidos e significados, não se pode negar que ao menos probabilisticamente¹⁵⁷ é possível inferir resultados, ainda que díspares as razões, de uma

¹⁵⁷ CAPELA, Fabio Bergamin. **Em Busca de uma Quantidade Razoável de Pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito do Estado, Linha de Pesquisa: Direito, poder e controle, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientadora: Prof.a Dr.a

decisão judicial – como objeto.

Portanto, para ROSS, toda decisão é sempre hipotética enquanto não prolatada. Não se trata de uma ciência exata e não se deve ter pretensões nesse sentido. A necessidade de segurança é a expressão de um estado infantil remanescente da exigência de um mundo confiável^{158 159}. A realidade não é assim. Nesse sentido, ROSS dá ao Direito um reconhecimento empírico, em que toda verdadeira Ciência do Direito deve trabalhar de modo a observar: a) as decisões já tomadas e, b) investigar as ideologias por trás dessas.

Toda tentativa doutrinária de sugestão interpretativa alternativa do que está sendo realizado não passa de *política jurídica*, na medida em que procura influenciar as decisões de juízes e tribunais. Reconhecer isso implica maior capacidade de compreender as estratégias, tal qual no jogo de xadrez, em que saber o movimento de peças não garante qualquer sucesso. É preciso conhecer as ideologias que movem o adversário, que são observadas a partir de jogadas pretéritas e dos problemas atuais. Ainda assim, isso não garante que na interação tais perspectivas e tendências não sejam alteradas, mas é a forma mais honesta de se tentar algum tipo de previsibilidade.

3.6 COMENTÁRIOS CRITICOS À TEORIA DE ALF ROSS

A primeira crítica contra ROSS advém da dificuldade em estabelecer a ligação entre a *ideologia* que anima tribunais, e magistrados, e a *decisão* propriamente dita. Para ROSS a predição de qualquer decisão judicial passa pelo conhecimento dessa *ideologia*. Segundo DALBERG-LARSEN¹⁶⁰, ROSS não teria se engajado seriamente em um projeto nesse sentido, diferentemente dos representantes do *realismo americano* que procuram explicar o “*comportamento judicial*” a partir de uma pluralidade de fatores diferentes: decomposição de frases, conceitos ou regras, discussões em termos sociológicos, matemáticos e cognitivos, aspectos lógicos e mais recentemente com base em questões biológicas bem como em teorias de redes neurais, conforme menciona WAHLGREN¹⁶¹.

Katie Silene Cáceres Argüello. p 95 – 112. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/29582/R%20-%20D%20-%20FABIO%20BERGAMIN%20CAPELA.pdf?sequence=1>>, Acessado em 07 de setembro de 2013. O Estudo de CAPELA é um bom exemplo prospectivo para iniciar uma análise nesse sentido. Embora tome caminhos mais de um estudo sociológico, poderíamos lançar bases para investigar os recursos interpretativos usados pelos magistrados, tanto na média das condenações quanto nas discrepâncias.

¹⁵⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 268.

¹⁵⁹ Cf. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 327. “*Sem um mínimo de racionalidade (previsibilidade, regularidade) seria impossível falar de uma ordem jurídica. Isto pressupõe que é possível interpretar as ações humanas como um todo coerente de significados e motivações e (dentro de certos limites) prevê-las*”

¹⁶⁰ DALBERG-LARSEN, Jørgen. **Alf Ross and the Sociology of Law**. In *Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honor of Jes Bjarup*, v 48. Estocolmo: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005. p 44.

¹⁶¹ WAHLGREN, Peter. **Legal Reasoning: a jurisprudencial model**. In *Legal Theory*, v. 40. Estocolmo:

A pesquisa realizada pelos realistas americanos tem um forte fundamento empírico, enquanto que ROSS se limita a uma mera construção teórica. Outro ponto abordado por DALBERG-LARSEN é a de que a relutância de ROSS em aceitar resultados de pesquisas legal-sociológicas deriva do fato de contradizerem seu ponto de vista teórico. Entre as investigações que foram alvo da crítica de ROSS estão a de AUBERT, que sugeriu que a proibição do incesto derivava de uma necessidade estrutural de evitar a rivalidade na família. Este ponto colidia com o de ROSS já que tinha por base uma explicação funcionalista.

Outro criticado foi THEODOR GEIGER, para o qual o conceito de lei está ligado à compulsão gerada pelo medo. Para ROSS, GEIGER ignorava a aceitação do poder com base na aceitação ideológica da autoridade subjacente. Estes são apenas alguns exemplos que DALBERG-LARSEN cita para demonstrar que ROSS procurou atacar estudos empíricos, sem, contudo, realizar por ele mesmo uma pesquisa para demonstrar seus pontos de vista.

Outra crítica a ser mencionada é o ceticismo que acompanha o *realismo*. PECZENIK, embora compartilhe certas ideias do *realismo jurídico*, em especial a impossibilidade de existência de dadas categorias como “boa fé”, “direitos”, dentre outros, sugere que subscrever o ceticismo epistemológico não significa poder vivê-lo: “(...) a sceptic must live, and this implies believing in some things, though defeasibly”¹⁶². Aconselha, desta forma, uma atitude em que “se propõe como universal é “seguir as regras do discurso” para participar de uma “situação ideal de fala” (ou algo que se aproxime disso)”¹⁶³.

LANDAUER¹⁶⁴ faz crítica semelhante. Para ele, ROSS apresenta um realismo político sem qualquer realidade política. A questão é que as doutrinas legais, em geral, continuam a impingir sua influência no mundo social, ainda que formuladas sobre o influxo de terminologias e ideias que são dotadas de poderes supranaturais, tomadas como se tivessem algum tipo de efeito factual. O problema, como expõe ZAHLE¹⁶⁵, é que este paradoxo entre o *lógico* e o *mágico*, é em si mesmo *mágico*, pois não há como apostatar algo que na prática recebe distinta deferência, ainda que transcendente ao positivismo preconizado. Afinal, não teria ROSS ido muito longe em suas considerações e relegado o que realmente ocorre na prática cotidiana nos corredores da justiça?

Independentemente da resposta a essa pergunta, o *realismo*, segundo

Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2000. p 200.

¹⁶² PECZENIK, Aleksander. **Kinds of theory of legal argumentation**. Draft 2005. Disponível em: <<http://peczenik.ivr2003.net/documents/draft2005.pdf>> Acesso em: 19 ago. 2009. p. 5. *apud* GRAÇA NETO, Antonio. **Op. Cit.** p 142.

¹⁶³ GRAÇA NETO, Antonio. **Op. Cit.** p 147.

¹⁶⁴ LANDAUER, Carl. **Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter**. EJIL 2003, Vol. 14 No. 4, p 767–799. A análise se refere ao direito internacional, mas nos parece aplicável.

¹⁶⁵ ZAHLE, Henrik. **Legal Doctrine Between Empirical and Rhetorical Truth**. EJIL 2003, Vol. 14 No. 4, p 801–815.

KOSKENNIEMI¹⁶⁶, se não conseguiu acabar com esta antinomia ao menos a tornou nítida, porque expõe o uso indiscriminado do *direito natural* e do *direito formal*, desarticulados entre si e utilizados como *background* nas normas de direito, dos quais emergem princípios e regras, mascarando a realidade a partir de construções mentais ou do uso da autoridade do texto legal para encobrir a complexa relação política que subjaz a aplicação das normas.

¹⁶⁶ KOSKENNIEMI, Martti. **Introduction: Alf Ross and Life Beyond Realism.** EJIL 2003, Vol. 14 No. 4, p 653–659

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando iniciamos nossa discussão questionamos o que viria a ser o universalismo e particularismo nas decisões judiciais. Não foi sem propósito que abordamos a questão dos universais e particulares como preliminar a este estudo. Isto porque era preciso estabelecer a possibilidade ou não do conhecimento. É possível inferir o que é justiça e deliberar de maneira a termos uma decisão justa? Se adotarmos o caminho do *realismo platônico ou aristotélico* algum conhecimento verdadeiro é possível, do contrário entraríamos na senda do ceticismo, no qual todo conhecimento é relativo.

Esta controvérsia é muito importante, já que aderir ou se convencer de uma ou outra corrente filosófica importa em estabelecer que abordagem daremos ao tema proposto. Não foi sem razão que advertirmos estarmos entrando num labirinto, e lá nos deparamos com essa dualidade do direito, tal qual o *minotauro*, difícil descrever e deslaçar sem que sigamos algum tipo de perspectiva. Escolhemos como guias NEIL MACCORMICK e ALF ROSS, que têm em comum a proximidade com o trabalho intelectual de DAVID HUME, empirista e cético.

Retornando à nossa investigação, o que é universalismo e particularismo nas decisões judiciais? Sinteticamente podemos resumir tal questão como o confronto entre justiça formal e justiça substantiva. Daí resultarem várias polêmicas como: é possível conciliá-las, qual deve ser preferível, que modelos devem ser aplicados nos julgamentos, etc.

MACCORMICK ao discorrer sobre a argumentação nas decisões judiciais observa que ao menos duas formas de justificação surgem em geral nos tribunais: a *dedutiva*, que ocorre nos casos evidentes, bastando ao julgador aplicar a norma ao fato numa simples dedução silogística – premissa maior, premissa menor e conclusão; e a *justificação de segunda ordem*, a qual se aplica a casos não tão óbvios, em geral com problemas de qualificação em termos de fatos (classificação), normas (pertinência) ou interpretação da norma (coerência).

Não devemos nos enganar que os *casos evidentes* são sempre fáceis de resolver. É possível surgirem questões que os torne casos difíceis e, portanto, seja necessário resolvê-los a partir de uma justificação de *segunda ordem*. Nesse tipo de justificação é que MACCORMICK discute o *universalismo* nas decisões judiciais. Para ele, o modo como a norma está para o fato nos *casos evidentes*, os *casos exemplares* deverão estar para outros casos futuros semelhantes, ou seja, novos casos devem ser solucionados a partir da mesma *deliberação universal* utilizada antes.

Assim, uma justiça formal deve prevalecer sob o influxo de uma *ética do*

*legalismo*¹⁶⁷, que é o compromisso com determinados valores morais e sociais que só são passíveis de suporte se uma ordem normativa institucional for seguida. Fora de um Estado de Direito tal compromisso tende a ser imprevisível. Não se trata de uma questão moral, como certas correntes filosóficas poderiam pleitear, mas do endosso da universalização como algo absolutamente necessário à justificação dentro do que se pretende como princípio do Estado de Direito, ou seja, um Estado *igualitário*¹⁶⁸.

Para ALF ROSS tudo que podemos saber sobre uma decisão é mera probabilidade. Não obstante, a incerteza se reputa às condições irracionais que permeia a racionalidade numa decisão. Para ele, os juízes decidem sobre duas bases: psicológica e comportamental, em que o acatamento sobre determinadas decisões estão tanto naquilo que sentem como *socialmente obrigatório* como no que se *espera deles*, enquanto juízes. Portanto, as fontes do direito: lei, costumes, razões, precedentes, funcionam mais como justificadores de uma decisão. A lei, obviamente será a fonte por excelência, afinal o Parlamento é o *locus* reconhecido socialmente como gerador dessas. O uso de outras fontes sempre será mais restrito. Uma justiça mais formalista ou substantiva irá variar no tempo e lugar. Para ROSS, uma decisão deve ser *objetiva* quando pautada dentro de princípios de interpretação ou valorações correntes na prática. Vê-se que não é o mesmo que decidir casos semelhantes de forma igual, mas de se decidir como decidiriam¹⁶⁹ os juízes tomados em seu conjunto, ou seja, sem arbitrariedade. Embora o direito tenha a regularidade como pressuposto racional, uma vez que as pessoas desejam ter um mínimo de previsibilidade, isso não é o único fator a influenciar uma decisão. Assim, uma previsibilidade está menos na lei, mas muito mais na descoberta das *atitudes dominantes* e das *crenças operativas*¹⁷⁰. Isto porque as declarações normativas não tem sentido em si próprias. Só as pessoas podem emprestar cognitivamente um sentido a essas, e aí sim, podem ser verificadas como verdadeiras ou não¹⁷¹. Embora ROSS seja um não-cognitivista, para o qual “os enunciados valorativos são vazios de conhecimento, isto é, não reportam nada, coisa ou fato, que faça parte da realidade concreta do mundo”¹⁷², tal fato

¹⁶⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p 9.

¹⁶⁸ *ibidem*. p 103.

¹⁶⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. loc. cit. p 330-331. “nenhuma situação concreta enseja uma aplicação única da lei. Isto é verdade, inclusive, naqueles casos nos quais existe uma regra definida, expressa em termos relativamente fixos; e é verdade, certamente, num grau ainda maior, quando o caso é julgado de acordo com padrões jurídicos ou sob forma discricional (...). A decisão é objetiva (justa em sentido objetivo) quando cabe dentro de princípios de interpretação ou valorações que são correntes na prática”.

¹⁷⁰ COLEMAN, Gordon. **The Scandinavian Legal Realists: a critical analysis**. Faculty of Law Review, n 152, p 155-162, 1960.

¹⁷¹ DYEVE, Arthur. **Outline of a Legal Realistic Approach to Legal Integration**. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative and International, 2012. p 4. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2175190>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2175190>> Acessado em 21 de setembro de 2013.

¹⁷² GRAÇA NETO, Antonio. **Uma Visualização da Teoria de Aleksander Peczenik e da sua Inserção no**

“não elimina a necessidade de raciocínio moral”¹⁷³ na medida em que uma atitude pode ser concretamente observada, ainda que os valores que lha determinam não possam existir na realidade.

Tanto MACCORMICK quanto ROSS estão sujeitos a críticas. A principal censura ao universalismo nas decisões judiciais para a teoria de MACCORMICK se refere ao problema da *reificação* das normas do direito ou ainda dos casos exemplares, conforme explanado no ponto 2.4 desse trabalho. Uma decisão se dá em relação ao futuro, portanto versa sobre condutas e não sobre o passado, quanto a uma posição jurídica, do contrário não é uma decisão, mas a mera repetição de uma resolução.

Já em relação a ROSS, o reproche mais contundente parece vir da dificuldade em estabelecer as *ideologias* que estão por detrás das decisões judiciais, e que permitiriam torná-las mais previsíveis se conhecidas. O tema foi desenvolvido no ponto 3.6 de nosso trabalho. O fato de elementos irracionais e dos discursos do Direito estarem permeados de conceitos metafísicos que tornam as decisões judiciais mera probabilidade, não implica que um cético deve se conformar e estar alijado de toda crítica. Como diz PECZENIK, ele deve viver e participar do discurso, ainda que no campo ideal.

Uma argumentação jurídica, ainda que sem suporte evidente, pode ser aceita se o discurso jurídico for coerente. Assim, a universalização nas decisões judiciais, ao modo como MACCORMICK propõem, sobre *deliberações universalizáveis*, é plenamente satisfatória ao nível do discurso, independentemente da ideologia que está por trás disto, na medida em que seja socialmente aceitável essa proposição de administração da justiça. Não obstante, VANDENBERGHE argumenta que

As ciências não pretendem chegar a leis universais por meio da generalização indutiva da sucessão regular de fenômenos observáveis, mas antes inteligir o que está “por trás” ou “além” dos fenômenos revelados pela experiência sensorial de modo a oferecer-nos conhecimentos das “estruturas numênicas” ou mesmos “gerativas” que, de algum modo, necessitem esses fenômenos¹⁷⁴,

nessa medida ROSS toa se aproximar desse “ideal científico”, pois uma ciência exige explicação e predição. Qualquer abordagem de universalização sobre normas, significados ou casos deve sua explicação e predição em relação à quem às aplicam, os juízes, e não ao sistema de normas em si, mesmo porque qualquer *deliberação universalizante* nunca está

Cenário Contemporâneo da Filosofia do Direito. Videre, Dourados, MS, ano 1, n. 2, , p 147-148, jul/dez. 2009

¹⁷³ SPAAK, Torben. **Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences.** In De Lege, Uppsala-Minnesota Colloquium: Law, Culture and Values. Mattias Dahlberg, ed., pp. 33-83, Uppsala: Iustus förlag, 2009 . Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1354154>> Acessado em 21 de setembro de 2013.

¹⁷⁴ VANDENBERGHE, Frédéric. **O Real é Relacional: uma análise epistemológica do estruturalismo gerativo de Pierre Bourdieu.** Trad. Gabriel Peters. Sociological Theory, Londres, Sage, 17, 1, p.32-67, 1999. Disponível em <http://www.academia.edu/859739/O_Real_e_relacional_uma_analise_epistemologica_do_estruturalismo_gerativo_de_Pierre_Bourdieu> Acessado em 21 de setembro de 2013.

necessariamente em confronto com o antagonico que lhe deu origem, pois tal qual um jogo de xadrez, as partes descartam e mudam suas estratégias e táticas a medida que se tornem infecundas. MACCORMICK reconhece isso no *rights of defense*, mas não parece o suficiente. Explico: se dois ônibus partem do Centro da cidade, de um mesmo local, e chegam ao mesmo bairro, ou seja, fazem a mesma “linha”, um sai as 09:00h outro às 09:15h, e chegam, respectivamente às 10:00h e 10:15h, com uma regularidade observável, não posso afirmar que tendo chego o primeiro ônibus, o segundo chegará em 15 minutos. Isto não é um pensamento racional e não passa de uma crença adquirida por um hábito. Um evento não depende de outro, assim como um caso não está ligado a outro, a não ser por algum tipo de crença que conecta mentalmente espaço e lugares diferentes. Obviamente que tal conexão só pode se dar na mente do juiz, pois ele é quem pode materializá-la, do contrário, teríamos que aceitar que se um caso se assemelha a outro por alguma característica, então o semelhante é em si universal¹⁷⁵, o que nos leva ao problema da *reificação*¹⁷⁶ discutido anteriormente. De todo modo, ainda que possamos acolher que toda decisão seja particular, na organização da atividade humana é sempre desejável algum tipo de previsibilidade, e o fato de sugerirmos que decisões *devam ser* universalizadas está de acordo com isso, por mais que estejamos no campo da mera expectativa.

¹⁷⁵ RUSSELL, Bertrand. **The Problems of Philosophy**. 3º ed., London-Oxford-New York, Oxford University Press, 1973, p. 55. *apud* COXITO, Amandio A. **Luis A. Vernei e a Filosofia Europeia do seu Tempo: O problema dos universais**. In Revista Filosófica de Coimbra, nº 6, 1994. p 319.

¹⁷⁶ OLSEN, Henrik Palmer. **Resuscitating Scandinavian Legal Realism: Legal Knowledge as New Object of Study**. Apresentação na Bristol University, School of Law para o Annual Jurisprudence Lecture, 26th February 2010. p 5-12 Disponível em <http://www.uib.no/filearchive/filetopic_henrik-palmer-olsen-resuscitating-scandinavian-legal-realism-talk_1.pdf>, Acessado em 21 de setembro de 2013. Para o autor: “*O trabalho do Direito é transformar conflitos sociais em conflitos jurídicos (...) Há então um certo custo que advém da regulação via regras legais. A natureza binária do Direito, o formalismo do Direito, e a tendência de reduzir imprecisões tem um preço. A riqueza da diversidade da existência social, a natural ambivalência do ser humano, a complexidade de sentimentos como a fé, amor, esperança, luta social, etc e sua transformação em ação social e interação são reduzidas, e tornadas gerenciadas e previsíveis quando filtradas dentro do sistema legal. Estudar esse processo de filtragem é estudar a perda que ocorre quando nós transladamos conflitos sociais em legais(...)*” (tradução livre).

5. REFERÊNCIAS

- ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação à Edição Brasileira. In ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.
- AQUINO, Tomás. **Suma Teológica**. Questão 91. *apud* MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco ; Poética / Aristóteles**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. — 4. ed. — São Paulo : Nova Cultural, 1991. (Os Pensadores;v. 2).
- _____. **Ética a Nicômaco**. Livro V. trad. H Rackham. *apud* MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teorias da Argumentação Jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3º Ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre a permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011
- BANFORD, Paul. **The Ambiguity of the Categorical Imperative**. In Immanuel Kant: Critical Assessments, Vol. III: Kant's Moral and Political Philosophy, ed. R. Chadwick, 1992, 76-84. *apud* DEL MAR, Maksymilian. **The Smithian Categorical Imperative: How MacCormick Smithified Kant**. University of London - Queen Mary - Department of Law. June 5, 2010.. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=162091> . Acessado em 07 de julho de 2013
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 4º Ed. São Paulo: Atlas, 2005
- BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BUCKINGHAM, Will et al. **O Livro da Filosofia**. Trad. Douglas Kim. São Paulo: Globo, 2011.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart e DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. Org. Isabela Borba. São Paulo: Atlas, 2009.
- CAPELA, Fabio Bergamin. **Em Busca de uma Quantidade Razoável de Pena: as funções da pena e seus critérios individualizantes**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito do Estado, Linha de Pesquisa: Direito, poder e controle, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientadora: Prof.a Dr.a Katie Silene Cáceres Argüello. p 95 – 112. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/>

bitstream/handle/1884/29582/R%20-%20D%20-%20FABIO%20BERGAMIN%20CAPELA.pdf?sequence=1>, Acessado em 07 de setembro de 2013.

CELLA, José Renato Graziero e SERBENA, Cesar Antonio. **Lógica Deontica Paraconsistente e Hard Cases**. Comunicação apresentada no VI Congresso Brasileiro de Filosofia, realizado na Universidade de São Paulo - USP entre os dias 6 e 11 de setembro de 1999, Seção de Lógica e Filosofia da Ciência, exposição em 08 de setembro de 1999.

CESAR, Pedro Navarro. **O Modelo Dedutivo na Teoria do Raciocínio Jurídico de Neil MacCormick**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. orientador: Antonio Carlos Cavalcanti Maia. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2006. Disponível em <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/9556/9556_1.PDF> Acessado em 26 de setembro de 2013.

COLEMAN, Gordon. **The Scandinavian Legal Realists: a critical analysis**. Faculty of Law Review, n 152, p 155-162, 1960.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COXITO, Amandio A. **Luis A. Vernei e a Filosofia Europeia do seu Tempo: O Problema dos Universais**. In Revista Filosófica de Coimbra, n° 6, 1994.

DALBERG-LARSEN, JØrgen. **Alf Ross and the Sociology of Law**. In Perspectives on Jurisprudence: Essays in Honor of Jes Bjarup, v 48. Estocolmo: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2005.

DEL MAR, Maksymilian. **The Smithian Categorical Imperative: How MacCormick Smithified Kant**. University of London - Queen Mary - Department of Law. June 5, 2010.. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=162091> . Acessado em 07 de julho de 2013.

DESCARTES, René. **Les Principes de La Philosophie**. 1, 59. In "Oeuvres philosophiques", t. III, ed. de F. Alquié, Paris, Ed. Garnier, 1973, p. 127. *apud* COXITO, Amandio A. **Luis A. Vernei e a Filosofia Europeia do seu Tempo: O Problema dos Universais**. In Revista Filosófica de Coimbra, n° 6, 1994.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DYEVRE, Arthur. **Outline of a Legal Realistic Approach to Legal Integration**. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative and International, 2012. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2175190>> ou <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2175190>> Acessado em 21 de setembro de 2013.

EMPÍRICO, Sexto. **Esbozos Pirrônicos**. Trad. Antonio Gallego Cao e Teresa Muñoz Diego. Madrid: Editorial Gredos, 1993.

ENGLE, Eric. **Knight's Gambit to Fool's Mate: Beyond Legal Realism**. Valparaíso University Law Review, 41, p 1633-1683, 2007.

FABBRIS, Angela Tacca. **Modelo Jurídico: Realismo Jurídico Escandinavo**. Prisma Jurídico, São Paulo, v 5, p 79-86, 2006.

FARIAS, German Cisneros. **Diccionario de Frases y Aforismos Jurídicos Latinos: una compilación sencilla de términos jurídicos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. **Realismo Jurídico**. In Dicionário de Filosofia do Direito. Org. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

GRAÇA NETO, Antonio. **Uma Visualização da Teoria de Aleksander Peczenik e da sua Inserção no Cenário Contemporâneo da Filosofia do Direito**. Videre, Dourados, MS, ano 1, n. 2, , p 147-148, jul/dez, 2009.

GRÓCIO, Hugo. **On the Law of War and Peace**. Trad. A.C.Campbell, A.M. Kitchener: Batoche Books, 2001.

GUIMARAES, Livia. **David Hume, 1711-1776**. In Dicionário de Filosofia do Direito. Org. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

HAGE, Jaap. **Legal Reasoning and the Construction of Law**. i-lex, julho, nº16, 2012, p. 81-105. Disponível em <www.i-lex.it> Acessado em 21 de setembro de 2013

HAIGHT, Mary. **A Serpente e a Raposa: uma introdução à lógica**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

HALPERIN, Jean Louis. **Law in Books and Law in Action: the problems of legal change**. Maine Law Review, v. 64, n. 1, p. 46, 2011.

HART, H.L.A., **O Conceito de Direito**. trad. A. Ribeiro Mendes. 5º Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Capítulo XIII. *apud* MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. I, iv, London, George Routledge & Sons Ltd.; New York, E. P. Dutton & Co., s. d., p. 15. *apud* COXITO, Amandio A. **Luis A. Vernei e a Filosofia Europeia do seu Tempo: O Problema dos Universais**. In Revista Filosófica de Coimbra, nº 6, 1994.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Volume II, Livro III, Parte I, Seção II. *apud* MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JØRGENSEN, Stig. **Idealism and Realism in Jurisprudence**. In *Scandinavian Studies in Law*, v 21. Estocolmo: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 1977.

JURIS SINTESE. **Repositório Autorizado de Jurisprudência**. São Paulo: IOB Ltda, junho/2011, n° 90. CD-ROM.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 Lda, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6° Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KENNEDY, Duncan M. **Legal Formality**. *The Journal of Legal Studies*. 2 J, n. 351, p 383, 1973.

KOSKENNIEMI, Martti. **Introduction: Alf Ross and Life Beyond Realism**. *EJIL* 2003, Vol. 14 No. 4, p 653–659.

KOZICKI, Kátya. **Herbert Lionel Adolphus Hart: 1907-1992**. In *Dicionário de Filosofia do Direito*. Org. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

LANDAUER, Carl. **Antinomies of the United Nations: Hans Kelsen and Alf Ross on the Charter**. *EJIL* 2003, Vol. 14 No. 4, p 767–799. A análise se refere ao direito internacional, mas nos parece aplicável.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. 3. ed. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Ethical Positivism and the Practical Force of Rules**. In *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Organizado por Campbell T. e Goldsworthy J. Aldershot: Dartmouth, 2000.

_____. **Particulars and Universals**. In *The Universal and Particular in Legal Reasoning*. Editado por Zenon Bankowski e James Maclean. Aldershot: Ashgate Publishing Ltd., 2006.

_____. **Retórica e o Estado de Direito**. Trad. Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Rhetoric and The Rule of Law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005. p 2. *apud* CESAR, Pedro Navarro. **O Modelo Dedutivo na Teoria do Raciocínio Jurídico de Neil MacCormick**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. orientador: Antonio Carlos Cavalcanti Maia. – Rio de Janeiro:

PUC, Departamento de Direito, 2006. Disponível em <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/9556/9556_1.PDF> Acessado em 26 de setembro de 2013.

_____. **The Ethics of Legalism**. Ratio Juris, vol 2, n °2, julho 1989, p 184-193.

MACH, Ernest. **The Science Of Mechanics**. Trad. Thomas J. McCormack. 4ªed. Chicago, Londres: The Open Court Publishing, 1919.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica**. In A Força dos Precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil na UFPR. Coord. Luiz Guilherme Marinoni. Salvador: Editora Podivm, 2010.

MINDUS, Patricia. **A Real Mind: the life and work of Axel Hägerström**. Dordrecht: Springer-Verlag GmbH, 2006.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Trad. Maria Stela Gonçalves et al. 2ª Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

MORRIS, Clarence. **Os Grandes Filósofos do Direito: leituras escolhidas em direito**. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos Gregos ao Pós Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NERI, Eveline Lucena. **Ideologia e Interpretação Jurídica: um estudo das posições normativistas realistas**. Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, v. 5, n. 8, p. 119, 2006.

NEWTON, Isaac. **Principia**. London, Cambridge and New York: Macmillan and Co, 1871.

OLSEN, Henrik Palmer. **Resuscitating Scandinavian Legal Realism: Legal Knowledge as New Object of Study**. Apresentação na Bristol University, School of Law para o Annual Jurisprudence Lecture, 26th February 2010. p.5-12 Disponível em <http://www.uib.no/filearchive/filetopic_henrik-palmer-olsen-resuscitating-scandinavian-legal-realism-talk_1.pdf>), Acessado em 21 de setembro de 2013.

PASCAL, Blaise. **Pascal's Pensées**. New York: E. P. Dutton & Co., Inc., 1958.

PEREIRA, Paula Pessoa. **O Superior Tribunal de Justiça como Corte de Definição de Direitos: uma justificativa a partir do universalismo**. Dissertação apresentada ao Curso de Pós- Graduação em Direito, Área de Concentração em Relações Sociais, Linha de Pesquisa em Direito, Tutela e Efetividade, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como parte das exigências para a obtenção do Título de Mestra em Direito. Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: UFPR, 2013. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31016/R%20-%20D%20>-

%20PAULA%20PESSOA%20PEREIRA.pdf?sequence=1>, Acessado em 07 de setembro de 2013.

PESSANHA, José Américo Motta. **Vida e Obra**. In *Diálogos/Platão*. Trad. José Cavalcante de Souza, Jorge Paleikat e Joao Cruz Costa. 2º Ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

PORFIRIO. **Isagoge**. trad. de Boécio, in P. L., vol. 64, p. 82 *apud* COXITO, Amandio A. **Luis A. Vernei e a Filosofia Europeia do seu Tempo: O problema dos universais**. In *Revista Filosófica de Coimbra*, nº 6, 1994.

PECZENIK, Aleksander. **Kinds of theory of legal argumentation**. Draft 2005. Disponível em: <<http://peczenik.ivr2003.net/documents/draft2005.pdf>> Acesso em: 19 ago. 2009. p. 5. *apud* GRAÇA NETO, Antonio. **Uma Visualização da Teoria de Aleksander Peczenik e da sua Inserção no Cenário Contemporâneo da Filosofia do Direito**. Videre, Dourados, MS, ano 1, n. 2, , p 147-148, jul/dez, 2009.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1979. p 184. *apud* WALUCHOW, W. J. **A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. trad. Edson L.M. Bini. Bauru: Edipro, 2000.

_____. **El Concepto de Validez y Otros Ensayos**. 3º Ed. México: Distribuciones Fontamara S.A., 1997.

_____. **Tû-Tû**. Trad. Edson L.M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. **Hacia una Ciencia Realista de Derecho: critica del dualismo em el derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

RUSSELL, Bertrand. **The Problems of Philosophy**. 3º ed., London-Oxford-New York, Oxford University Press, 1973, p. 55 *apud* COXITO, Amandio A. **Luis A. Vernei e a Filosofia Europeia do seu Tempo: o problema dos universais**. In *Revista Filosófica de Coimbra*, nº 6, 1994.

SCOTTISH COURTS. **Opinion of Lord Reed in the Petition of Shetland Islands Council**. Decisão em janeiro de 2007. Disponível em <www.scotcourts.gov.uk/opinions/2007CSOH05.html> Acessado aos 19 de agosto de 2013.

_____. **Opinion of Lady Dorrian in the Cause of Mark Yaxley and another vs Mrs Sharon Roe Morrison or Glen and others**. Decisão em maio de 2007. Disponível em <<http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/2007CSOH90.html>> Acessado aos 19 de agosto de 2013.

SCHRÖDINGER, Erwin Rudolf Josef Alexander. **Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik**. In *Die Naturwissenschaften*, Berlim, v. 48, ano 23, Nov/1935.

SERPE, Alessandro. **Realism vs Idealism. Ross and Casteberg. Paths of a dispute upon law and human rights.** *Fronesis, Revista de Filosofia Jurídica, Social y Política*, v 16, n° 1, p 125-154, 2009.

SHARSWOOD, George. *In Commentaries on the Laws of England in Four Books.* Autor: Sir William Blackstone Vol. 1 - Books I & II, nota n° 11 da Seção III – *Of the Laws of England* (71). Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893.

SOARES, Evanna. **O Conceito Aristotélico de Justiça.** Ministério Público da União de Portugal. *sine datum*. Disponível em <<http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan19.pdf>> , Acessado em 27 de dezembro de 2013.

SOUSA, Mauricio de. **O Julgamento do Bode Comilão.** *In Mônica*, n° 56, agosto/2011. São Paulo: Mauricio de Sousa Editora, 2011. p 27 -33.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança Jurídica e Jurisprudência - Um enfoque filosófico-jurídico.** São. Paulo: Ltr, 1996.

SPAACK, Torben. **Naturalism in Scandinavian and American Realism: Similarities and Differences.** *In De Lege, Uppsala-Minnesota Colloquium: Law, Culture and Values.* Mattias Dahlberg, ed., p. 33-83, Uppsala: Iustus förlag, 2009 . Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1354154>> Acessado em 21 de setembro de 2013.

STELMACH, Jerzy e BROZEK, Bartosz. **Methods of Legal Reasonig.** Dordrecht: Springer-Verlag GmbH, 2006.

STRANG, Johan. **Two Generations of Scandinavian Legal Realists.** *Retfærd Årgang*, 32, NR. 1/124. p 62-82, 2009.

VANDENBERGHE, Frédéric. **O Real é Relacional: uma análise epistemológica do estruturalismo gerativo de Pierre Bourdieu.** Trad. Gabriel Peters. *Sociological Theory*, Londres, Sage, 17, 1, p.32-67, 1999. Disponível em <http://www.academia.edu/859739/O_Real_e_relacional_uma_analise_epistemologica_do_es> truturalismo_gerativo_de_Pierre_Bourdieu> Acessado em 21 de setembro de 2013.

VIEIRA, José Roberto. **Princípio da Segurança Jurídica.** *In Princípios Constitucionais e Estado de Direito. Revista de Direito Tributário.* São Paulo, RT, n° 54, 1990.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas.** Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VOGEL, H.H e STRÖMHOLM, S. **Le “Réalisme Scandinave” dans la Philosophie du Droit.** volume XIX. Paris: Librairie Generale de Droit Et de Jurisprudence, 1975.

WAHLGREN, Peter. **Legal Reasoning: a jurisprudencial model.** *In Legal Theory*, v. 40. Estocolmo: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2000.

WALUCHOW, W. J. **A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e Teorias na Interpretação da Lei**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

WINTHROP, Delba. **Aristotle and Theories of Justice**. The American Political Science Review, Vol. 72, No. 4 Dezembro, 1978, p 1201-1216.

XAVIER, Alberto. **Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p 45. *apud* VIEIRA, José Roberto. **Princípio da Segurança Jurídica**. In Princípios Constitucionais e Estado de Direito. Revista de Direito Tributário. São Paulo, RT, n° 54, 1990.

XAVIER, Guilherme. **Imagética Eletrolúdica: a visualidade dialógica no multiverso dos jogos eletrônicos**. Orientador: Luiz Antonio Coelho. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Artes e Design, 2007. Disponível em <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510308_07_pretextual.pdf> Acessado em 01 de julho de 2013.

ZAHLE, Henrik. **Legal Doctrine Between Empirical and Rhetorical Truth**. EJIL 2003, Vol. 14 No. 4, p 801–815.